

Tilburg University

Werkzekerheid in het arbeidsrecht

Zekic, N.

Publication date:
2014

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Zekic, N. (2014). *Werkzekerheid in het arbeidsrecht*. [, Tilburg University]. Kluwer Academic Press.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Werkzekerheid in het arbeidsrecht

Werkzekerheid in het arbeidsrecht

Mr. N. Zekić

 **Kluwer**
a Wolters Kluwer business

Deventer - 2014

Dit boek werd als proefschrift door de auteur verdedigd op 25 juni 2014 aan Tilburg University.

ISBN 978 90 13 12511 5
ISBN 978 90 13 12512 2 (E-book)
NUR 825-502

© 2014, N. Zekić

Ontwerp omslag: Bert Arts bNO

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

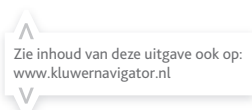
Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing.

Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of kunt u opvragen via de klantenservice.



 Kluwer **NAVIGATOR**

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van gebruikte afkortingen / XI

HOOFDSTUK 1 Introductie / 1

- 1.1 Aanleiding voor het onderzoek / 1
- 1.2 De probleemstelling van het onderzoek / 3
- 1.3 Onderzoeksvraag / 7
- 1.4 Methode van onderzoek / 8
- 1.5 Disciplinaire inbedding / 11
- 1.6 Begrenzing van het onderzoek / 13
- 1.7 Opbouw / 15

HOOFDSTUK 2 De zekerheden op de arbeidsmarkt / 17

- 2.1 Inleiding / 17
- 2.2 Europees beleid / 18
 - 2.2.1 Flexicurity: de strekking / 18
 - 2.2.2 Flexicurity: de rechtvaardiging / 22
- 2.3 Nationaal beleid / 28
 - 2.3.1 Overheidsbeleid / 28
 - 2.3.2 Beleid van de sociale partners / 32
- 2.4 Afbakening van de begrippen / 33
 - 2.4.1 Baanzekerheid en werkzekerheid: what's in a name? / 33
 - 2.4.2 De elementen van baan- en werkzekerheid / 36
 - 2.4.3 Werkgelegenheid in cao's / 37
 - 2.4.3.1 Ondernemingsbeleid als uitgangspunt bij onderzoek / 41
 - 2.4.4 Elementen van werkzekerheid: inzetbaarheid en transities / 44
 - 2.4.4.1 Inzetbaarheid / 44
 - 2.4.4.2 Transities / 47
 - 2.4.4.3 Belemmeringen bij transities op de arbeidsmarkt / 48

2.5	Werkgelegenheid in de juridische context: werk als recht of werk als eigendom? / 52
2.5.1	Recht op arbeid als grondrecht / 53
2.5.1.1	De implicaties van het recht op arbeid voor werkgelegenheidsbeleid gericht op werkzekerheid / 56
2.5.1.2	Recht op arbeid in horizontale verhoudingen / 59
2.5.2	Baan of werk als eigendom van de werknemer / 62
2.6	De implicaties van de juridische kaders voor werkzekerheid / 67
2.7	Conclusie / 70

HOOFDSTUK 3 De wenselijkheid van het vergroten van werkzekerheid vanuit een arbeidsrechtelijk perspectief / 73

3.1	Inleiding / 73
3.2	De verenigbaarheid met het arbeidsrecht / 74
3.2.1	Economische versus sociale doelen / 74
3.2.2	Arbidsrecht als beschermingsrecht / 82
3.2.3	Kan werkzekerheid baan zekerheid vervangen? / 86
3.3	De verenigbaarheid met het cao-recht / 87
3.3.1	Het juridische kader van de cao / 87
3.3.2	De bijzondere ordeningsfunctie van de cao / 91
3.3.3	Werkzekerheid en bescherming van werknemers in cao's / 94
3.3.4	Werkzekerheid en standaardsetting van arbeidsvoorwaarden / 97
3.3.5	De legitimiteit van de cao als 'veranderingsinstrument' / 99
3.4	Conclusies / 103

HOOFDSTUK 4 In hoeverre is het individuele arbeidsrecht gericht op baan- dan wel werkzekerheid? / 107

4.1	Inleiding / 107
4.2	Internationale normen voor het individuele ontslagrecht / 109
4.3	Het Nederlandse ontslagrecht en baan zekerheid / 110
4.3.1	De toetsingscriteria / 112
4.3.1.1	Toetsing van ontslagaanvragen door het UWV / 112
4.3.1.2	Rechterlijke toetsing achteraf: kennelijk onredelijk ontslag / 116
4.3.1.3	Rechterlijke toetsing bij ontbinding / 117
4.3.1.4	Tussenconclusie / 119
4.3.2	De opzegtermijn en de opzegverboden / 120
4.3.3	De gevolgen van het ontslag / 123
4.3.3.1	De ontslagvergoeding / 123
4.3.3.2	De transitievergoeding / 127
4.4	Het meewegen van (investerings in) werkzekerheid bij ontslag / 130
4.5	Flexibele arbeidsrelaties en baan- en werkzekerheid / 136
4.5.1	Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd / 137
4.5.2	Uitzendarbeid / 140

4.5.3 Meer zekerheid bij flexibele contracten? / 141

4.6 Conclusies / 142

HOOFDSTUK 5 De juridische ruimte voor cao-onderhandelingen over baan- en werkzekerheid / 145

5.1 Inleiding / 145

5.2 Wet CAO en Wet AVV: cao als contract en cao als wet / 146

5.3 De (collectieve) contractsvrijheid / 150

5.3.1 Algemeen belang als beperking van de contractsvrijheid / 151

5.3.2 Ongelijkheidscompensatie als beperking van de contractsvrijheid / 153

5.4 Onderhandelingsmacht en het recht op staken / 156

5.5 Collectieve contractsvrijheid en gelijke behandeling / 159

5.6 Cao's en EU-recht / 162

5.6.1 Vrij verkeer en collectieve acties / 163

5.6.2 Mededingingsrecht en cao's / 165

5.6.3 Europese Richtlijnen / 168

5.6.3.1 Collectief ontslag / 168

5.6.3.2 Overgang van onderneming / 170

5.6.3.3 De Uitzendrichtlijn / 173

5.7 Het Nederlandse arbeidsrecht als grens van de collectieve contractsvrijheid / 177

5.7.1 Inzetbaarheid en transitie in cao's / 178

5.7.2 Het ontslagrecht en cao's / 179

5.7.2.1 De ketenregeling / 180

5.7.2.2 De opzegtermijnen / 181

5.7.2.3 Overige aanpassingen van het ontslagrecht bij cao / 182

5.7.2.4 Toekomstig driekwartdwingend ontslagrecht / 183

5.7.3 Werkgelegenheid in cao's / 184

5.7.4 Wervingsbeleid in cao's / 186

5.7.5 Arbeidsorganisatiebeleid in cao's / 188

5.8 Conclusies / 190

HOOFDSTUK 6 Werkzekerheid in de praktijk: empirisch onderzoek naar cao-afspraken op het gebied van baan- en werkzekerheid / 195

6.1 Inleiding / 195

6.2 Welke cao's zijn onderzocht? / 196

6.3 Hoe zijn de cao's onderzocht? / 198

6.4 Werkgelegenheidsbeleid / 199

6.4.1 Inzetbaarheid / 199

6.4.1.1 Samenhangend pakket maatregelen / 199

6.4.1.2 Scholing / 202

6.4.2 Algemeen werkgelegenheidsbeleid / 212

6.4.2.1 Werkgelegenheidsgaranties / 216

6.4.3 Limitering van uitbesteding van werk aan derden / 221

6.5	Arbeidsorganisatiebeleid / 222
6.5.1	Leeftijdsbewust personeelsbeleid / 222
6.5.2	Interne mobiliteit / 225
6.5.3	Wijziging van arbeidsvoorwaarden bij overgang van onderneming / 226
6.5.4	Overwerk / 228
6.6	Aanstellings- en wervingsbeleid / 231
6.6.1	Interne werving boven externe werving / 231
6.6.2	Voorkeursbeleid in externe werving / 233
6.6.3	Flexibele arbeidsrelaties / 236
6.6.3.1	Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd / 237
6.6.3.2	Uitzendkrachten / 240
6.6.4	Baanzekerheid voor de insiders en werk voor de outsiders? / 244
6.6.5	Concurrentie en nevenarbeid / 246
6.7	Ontslagbeleid / 247
6.7.1	Opzegtermijnen / 247
6.7.2	Van-werk-naar-werk regelingen / 248
6.7.3	Arbeidspools en mobiliteitscentra / 252
6.8	Conclusies / 253

HOOFDSTUK 7 Juridisch bereik en werking van collectieve werkzekerheidsafspraken / 257

7.1	Inleiding / 257
7.2	De rechtsgevolgen van de cao / 258
7.3	Gebondenheid aan een sociaal plan / 262
7.4	Gedwongen transities / 263
7.5	Verslechtering van arbeidsvoorwaarden in ruil voor werkgelegenheids- garanties / 270
7.6	Ex-werknemers en de cao / 276
7.7	Tussenconclusie: de cao op basis van vrijwilligheid / 279
7.8	Naleving van werkgelegenheidsgaranties / 281
7.8.1	Uitleg en soort bepaling / 283
7.8.2	Sanctie bij niet-naleving / 284
7.8.3	Gebruik van de term garantie / 289
7.8.4	'Bijzondere omstandigheden' / 290
7.8.5	Onvoorziene omstandigheden / 291
7.9	Conclusies / 295

HOOFDSTUK 8 Conclusies / 297

8.1	Inleiding / 297
8.2	Doelstelling van het onderzoek en de onderzoeksvragen / 297
8.3	Recapitulatie van de belangrijkste bevindingen / 300
8.3.1	Werkzekerheid als beleidsstrategie en de rol van het arbeidsrecht / 300
8.3.2	De wenselijkheid van werkzekerheid / 301

- 8.3.3 In hoeverre is het arbeidsrecht gericht op baan- dan wel
werkzekerheid? / 303
- 8.3.4 De mogelijkheid van de cao als juridisch instrument om baan- dan wel
werkzekerheid te regelen / 306
- 8.3.5 Werkzekerheid in cao's / 307
- 8.3.6 Juridisch bereik en werking van werkzekerheidsafspraken / 309
- 8.4 Beantwoording van de centrale onderzoeksvraag / 310
- 8.5 Slotbeschouwing / 315

Overzicht van de onderzochte cao's / 317

Summary / 325

Literatuurlijst / 339

Jurisprudentielijst / 361

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Arbeidsovereenkomst (losbl.)

Arbeidsovereenkomst, hoofdred. L.G. Verbug, Deventer: Kluwer (losbl.; online).

Arbeidsrechtelijke themata

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, 4e druk.

Asscher-Vonk-bundel

M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters (red.) *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Liber amicorum voor Irene Asscher-Vonk, Deventer: Kluwer 2009.

*Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III**

Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zesde deel – Verbintenissenrecht, Algemeen overeenkomstenrecht, 13^e druk*, bewerkt door A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Deventer: Kluwer 2010.

De Schets

W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl en W.L. Roozendaal, *H.L. Bakels. Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, 21^e druk.

De toekomst van het cao-recht

A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.) *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011.

Fase/Van Drongelen

W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *C.A.O.-recht. Schets van het recht met betrekking tot c.a.o.'s, verbindend verklaren van bepalingen ervan en aanverwante regelingen*, Deventer: Kluwer 2004.

Frenkel-bundel

L. Bots e.a. (red.) *Blinde vlekken in het sociaal recht*. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. B.S. Frenkel, Deventer: Kluwer 1986.

Jacobs 2005

A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Kluwer Deventer 2005.

Jacobs-bundel

W.G.M. Plessen, J. van Drongelen en F. Hendrickx (red.), *Sociaal Recht: tussen behoud en vernieuwing*, Paris: Zutphen 2011.

Van der Grinten

W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, bewerkt door W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, 23^e druk, Deventer: Kluwer 2011.

Tekst & Commentaar Arbeidsrecht

P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten en E. Verhulp (red.), *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

HOOFDSTUK 1

Introductie

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

De arbeidsverhoudingen, inclusief de verhoudingen tussen de werknemers onderling, maar ook de verhouding van het individu tot zijn werk, zijn aan het veranderen. Die veranderingen worden veroorzaakt door verschillende factoren. Sommige factoren worden door de ene groep als onmiskenbaar belangrijk genoemd terwijl de andere groep de relevantie van die factoren en soms zelfs het bestaan ervan betwist. Dit geldt onder andere voor de globalisering, de snelle technologische ontwikkelingen, de vergrijzing en het daarmee samenhangend tekort aan arbeidskrachten in West-Europa. Andere ontwikkelingen zijn aan minder controverser onderhevig. Men kan hierbij denken aan de toegenomen heterogeniteit onder werknemers, de groei van zelfstandigen zonder personeel en de afnemende en vergrijzende organisatiegraad. Al deze factoren hebben hoe dan ook invloed op onze (collectieve) arbeidsverhoudingen.¹ Vaak leiden zij ook tot andere beleidsstrategieën. Het uitgangspunt daarbij is vaak de wens om het de bedrijven mogelijk te maken om sneller en goedkoper te kunnen reageren op de veranderingen in de markt. Het idee dat ook werknemers moeten anticiperen op veranderingen en dat zij breder én langer inzetbaar moeten zijn wordt breed gedragen. Werknemers moeten in staat zijn om verschillende werkzaamheden en functies te vervullen, in het eigen bedrijf, in andere bedrijven en mogelijk in andere sectoren of zelfs andere beroepen.² Een baan voor het leven, wat naar men aanneemt vroeger toch vaak een impliciete belofte was, komt steeds minder voor. De meeste (beursgenoteerde) bedrijven wensen dit soort arbeidsrelaties niet meer; in economisch goede tijden niet en in slechte tijden al helemaal niet.³ Ook op Europees en nationaal overheidsniveau gaan politici en beleidsmakers in deze beweging mee en stellen dat mensen hun inkomenszekerheid dan ook niet langer aan hun werkgever of hun huidige baan moeten ontlenen – of aan overheidssteun –, maar

1 Zie bijv. A.G. Nagelkerke, W.G.M. Plessen en A.C.J.M. Wilthagen, 'Van arbeidsverhouding naar verhouding tot de arbeid: een paradigmawisseling?', *SMA* 2008, nr. 11/12.

2 Zie bijv. D.J.B. Wolff, 'De zorgplicht van de werknemer voor zijn loopbaan' in J.J.M. Theeuwes (red.), *De werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 91-109.

3 J. Visser en M. van der Meer, 'Mobiliteit, interne arbeidsmarkten en arbeidsverhoudingen – naar een nieuwe dynamiek?', in WRR, *Arbeidsflexibiliteit en ontslagrecht*, Amsterdam University Press 2007, p. 32.

aan hun vermogen om op grond van hun capaciteiten steeds betaald werk te kunnen vinden. Dit wordt *werkzekerheid* genoemd.⁴

Werkzekerheid wordt in Nederland al enige tijd gepropageerd. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) heeft bijvoorbeeld in 2007 in een belangrijk rapport geadviseerd dat werkzekerheid het oplossingsinstrument is voor een 'optimaal functionerende arbeidsmarkt'.⁵ In 2008 verscheen het rapport 'Naar een toekomst die werkt' waarin werkzekerheid werd gepresenteerd als nieuwe, maar 'robuuste zekerheid' die 'maakt dat bestaande zekerheden aan betekenis verliezen en zelfs overbodig worden'.⁶ De 'Commissie-Bakker', die verantwoordelijk was voor dit rapport, was in 2007 ingesteld om een dreigende kabinetscrisis over het ontslagrecht af te wenden.⁷ Het ontslagrecht is echter nooit van de agenda verdwenen. Het in 2013 gesloten Sociaal Akkoord belooft het ontslagrecht te gaan hervormen op een manier waarbij weer 'het bieden van werkzekerheid' centraal staat.⁸ Het concept werkzekerheid is echter afkomstig uit de beleidsstrategie van de Europese Commissie.⁹ Daar wordt het gepresenteerd als de 'zekerheidskant' van *flexicurity*. Flexicurity wordt omschreven als 'een bewuste strategie om tegelijkertijd en gecoördineerd zowel de flexibiliteit van de arbeidsmarkt, de organisatie van de arbeid als de arbeidsverhoudingen te versterken en tegelijkertijd meer zekerheid te ontwikkelen, in het bijzonder meer werkzekerheid en inkomenszekerheid'.¹⁰ Dit beleid wordt door velen gezien als een Europees alternatief voor de Angelsaksische arbeidsmarktpolitiek en min of meer een logische stap binnen het Europese sociale beleid.¹¹ Het is ook onderdeel geworden van de Lissabon-agenda voor 'meer en betere banen'.¹² Hoewel het concept tot op heden tot weinig concrete acties heeft geleid, heeft de Commissie te kennen gegeven ondanks de kredietcrisis de koers van flexicurity te willen voortzetten.¹³ Flexicurity en werkzekerheid worden – al dan niet onder dezelfde noemer – nog steeds nagestreefd. De Nederlandse regering noemt flexicurity en

4 In het Engels wordt meestal 'employment security' gebruikt voor werkzekerheid en 'job security' voor baanzekerheid.

5 WRR, *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2007.

6 Commissie Arbeidsparticipatie (Commissie Bakker), *Naar een toekomst die werkt*, Rotterdam 2008, p. 57.

7 Zie bijv. NRC van 27 september 2007, 'PvdA dreigt Donner met kabinetscrisis'; C. van Zwol, 'Rapport Bakker kantelde Donners wereldbeeld', NRC van 3 juli 2008.

8 *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 566, nr. 15, p. 1.

9 Europese Commissie (EC), 'Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security', COM (2007) 359 def., 27 juni 2007. Zie ook richtsnoer 21 van de EC voor de werkgelegenheidsstrategie.

10 T. Wiltshagen, *Over de arbeidsmarkt gesproken. Voorstellen voor vernieuwing en verandering*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2010, p. 27.

11 Zie bijv. L. Calmfors, 'Flexicurity – An Answer or a Question?' *European Policy Analysis*, Swedish Institute for European Policy Studies 2007, p. 2; F. Hendrickx, 'Regulating Flexicurity and Responsive Labour Law', in F. Hendrickx (red.) *Flexicurity and the Lisbon Agenda*, Antwerpen: Intersentia 2008, vol. 17, p. 160.

12 Europese Raad, Conclusies van het voorzitterschap, Lissabon 23 en 24 maart 2010.

13 Zie o.a. EC, *New Skills for New Jobs. Anticipating and matching labour market and skills needs*, COM (2008) 868 def.

(de overgang van baanzekerheid naar) werkzekerheid bijvoorbeeld als speerpunten in het Nationaal Hervormingsprogramma van 2008-2010.¹⁴

Of men nu flexicurity als breder beleidskader neemt voor werkzekerheid of niet, feit blijft dat werkzekerheid ook in de academische literatuur in de meeste gevallen in relatie tot (grotere) flexibiliteit op de arbeidsmarkt wordt behandeld. Meer flexibiliteit kan echter leiden tot meer onzekerheid bij werknemers, zeker wanneer met flexibiliteit de versoepeling van het ontslagrecht wordt bedoeld. Om die reden wordt werkzekerheid juist vaak voorgesteld als een vervanging voor baanzekerheid. Werkzekerheid laat zich immers beter dan baanzekerheid combineren met een flexibele arbeidsmarkt. Werkzekerheid wordt dan voorgesteld als een nieuwe zekerheid. Het is de zekerheid op de arbeidsmarkt; de zekerheid om aan het werk te blijven, maar niet noodzakelijkerwijs bij dezelfde werkgever. De 'oude' zekerheid, baanzekerheid, is de zekerheid van de huidige baan. De nieuwe zekerheid, werkzekerheid, dient echter nog (verder) vormgegeven of geconcretiseerd te worden. Zij moet nog voor een groot gedeelte vertaald worden van beleidswensen naar de praktijk.

Wanneer het aankomt op het vormgeven van werkzekerheid worden grote inspanningen van de sociale partners verwacht. Van werkgevers(organisaties) en werknemersorganisaties wordt verwacht om concrete vorm en inhoud aan werkzekerheid te geven, terwijl ze de juiste balans tussen flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt blijven zoeken. Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming heeft een juridisch instrument in handen – de collectieve arbeidsovereenkomst (cao) – dat kan worden gebruikt om aan de ene kant *uniforme* arbeidsvoorwaarden vast te stellen en aan de andere kant deze arbeidsvoorwaarden aan te passen aan de specifieke economische situaties en de bijzondere omstandigheden en kenmerken van de onderneming of sector in kwestie.¹⁵ De cao kan, met andere woorden, maatwerk leveren. De cao heeft daarnaast, althans in theorie, meer dan wetgeving de potentie om nieuwe 'arrangementen', rechten en plichten te ontwikkelen die de belangen van zowel de werkgevers als de werknemers dienen. De cao heeft ook bewezen meer dan eens voorloper te kunnen zijn van wetgeving. De verwachting is dat dit ook met de ontwikkeling van werkzekerheid het geval zal zijn.¹⁶

1.2 De probleemstelling van het onderzoek

De hierboven beschreven ontwikkelingen in 'de wereld van het werk' vormen grote uitdagingen voor het arbeidsmarktbeleid en het arbeidsrecht. Oplossingen aan beleidszijde worden steeds scherper. Werkzekerheid wordt vanuit verschillende hoeken aangedragen als één van de belangrijkste doelstellingen voor de verdere ontwikkeling van het arbeidsmarktbeleid, maar ook van het arbeidsrecht. Het is

¹⁴ Bijlage bij Kamerstuk 21501-20 nr. 398, p. 9, 10, 67.

¹⁵ In Nederland worden cao's op ondernemings- of sectorniveau afgesloten.

¹⁶ S. Sciarra, 'Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty' *Industrial Law Journal* 2010, vol. 39, nr. 3, p. 227.

echter nog allerm minst duidelijk hoe het arbeidsrecht zich kan of moet ontwikkelen indien werkzekerheid de doelstelling is, en in welke mate de cao als instrument zich kan inpassen in het realiseren van werkzekerheid.¹⁷ Daarnaast kan de meer fundamentele vraag worden gesteld of werkzekerheid inderdaad de richting is waarin het arbeidsrecht zich moet ontwikkelen.

Dat werkzekerheid een 'arbeidsrechtelijke' bestudering verdient, is niet eens zo zeer gelegen in het feit dat het arbeidsmarktbeleid werkzekerheid voordraagt, maar meer in de constatering dat werkzekerheid de *kern* van het arbeidsrecht lijkt te raken. Werkzekerheid – ook als onderdeel van het arbeidsmarktbeleid – gaat immers over de wijze waarop werknemers in het arbeidsrecht (zouden moeten) worden beschermd.¹⁸ Ook los van het arbeidsmarktbeleid heeft het arbeidsrecht in de afgelopen jaren te maken gehad met een eigen 'identiteitscrisis',¹⁹ die wortels heeft in de min of meer gelijke veranderingen zoals in het begin beschreven. Nu werkzekerheid de kern van het arbeidsrecht raakt, terwijl die kern ook in de arbeidsrechtelijke literatuur steeds meer ter discussie wordt gesteld, verdient werkzekerheid in die discussie betrokken te worden.

Werkzekerheid kan echter misschien een bruikbare beleidsterm zijn, maar voor het arbeidsrecht roept ze op het eerste gezicht meer vragen dan antwoorden op. Zo is het in de eerste plaats niet op voorhand duidelijk wat werkzekerheid (het steeds een arbeidsplaats kunnen vinden) in juridische zin – en meer specifiek in de relatie werkgever-werknemer – betekent of kan betekenen.²⁰ Vervolgens dient de vraag zich aan in hoeverre het geheel van arbeidsrechtelijke regels momenteel op baan- dan wel werkzekerheid is gericht. Bestaan er rechten en plichten in het Nederlandse positieve arbeidsrecht die op enige wijze 'werkzekerheid' van werknemers ondersteunen of is het inderdaad zo dat baan zekerheid de doelstelling is van het arbeidsrecht? Hoe dient men te oordelen over de gerichtheid naar het een of het ander? De laatste vraag heeft betrekking op de wenselijkheid van de voorgestelde verschuiving van baan- naar werkzekerheid in het licht van de (fundamentele) uitgangspunten van het

17 Vlg. A.T.J.M. Jacobs, 'Changing Perspectives on Dismissal Protection', in: R. Blanpain en M. Weiss (red.), *Changing industrial relations & modernisation of labour law: liber amicorum in honour of professor Marco Biagi*, Kluwer Law International 2003, p. 194.

18 Zie bijv. het Groenboek uitgegeven door de EC in 2006 met als doel om de discussie te starten over de noodzakelijke hervorming en 'modernisering' van het arbeidsrecht, waarin 'employment security' genoemd wordt als de zekerheid voor de werkende mensen. EC, *De modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21e eeuw*, COM (2006) 708 def. 'Employment security' wordt in de vertaling van dit document steeds vertaald als 'arbeidszekerheid' en niet als werkzekerheid.

19 Zie bijv. B. Langille, 'Labour Law's Theory of Justice' in G. Davidov en B. Langille (red.), *The idea of labour law*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 101: '(...) many lawyers agree (...) that labour lawyers and labour law face an identity crisis.'

20 Vlg. J. Plantenga, 'Flexibiliteit en de kosten van onzekerheid', in *Flexibiliteit en zekerheid op een dynamische arbeidsmarkt: De balans in beweging*, SZW Congres 2013, p. 105-106: 'Uiteraard impliceert een dergelijk verschuiving weer nieuw vragen, bijvoorbeeld hoe de notie van werkzekerheid juridisch moet worden ingevuld en wat dit betekent voor de rechten en plichten van de werkzoekende en voor de werknemer.'

arbeidsrecht. Werkzekerheid moet met andere woorden eerst in 'het arbeidsrechtelijke kader' worden geplaatst.

De andere vragen betreffen de rol van de cao. Zoals eerder vermeld krijgt de cao in de discussie de voornaamste rol in de realisatie van werkzekerheid. De cao kan hiervoor misschien een *geschikt* middel zijn, maar het is de vraag of dit ook een *legitiem* middel is als we kijken naar de (klassieke) rechtstheoretische functies van de cao. Ook wat de geschiktheid van de cao betreft, kunnen echter twijfels opgeworpen worden. De belangrijkste kenmerken van de cao zijn de directe doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomsten en de mogelijkheid om cao-bepalingen algemeen verbindend te verklaren, waardoor ze in de gehele sector gaan gelden. Deze brede en algemene werking van cao-afspraken zorgt voor een zekere *uniformiteit* in arbeidsvoorwaarden, wat een (zeer gewenste) kerneigenschap is van ons cao-stelsel.²¹ Tegelijk impliceert het concept werkzekerheid echter een beweging naar meer *maatwerk en individualisering* in arbeidsvoorwaarden. Wanneer men werkzekerheid wil realiseren voor iedereen, dan zal de arbeidsmarktpositie van de individuele werknemer het uitgangspunt moeten vormen. Deze beweging naar maatwerk correspondeert met de reeds langere tijd gevoelde behoefte naar maatwerk in en flexibilisering van de arbeidsvoorwaarden.²² Het is duidelijk dat deze twee richtingen niet probleemloos hun invloed in het cao-recht kunnen uitoefenen.

Mocht werkzekerheid inderdaad een legitieme doelstelling zijn voor het cao-overleg, dan kan de vraag worden gesteld in hoeverre het recht cao-partijen faciliteert om werkzekerheid te ontwikkelen. In beginsel genieten cao-partijen een grote mate van contractsvrijheid met betrekking tot de inhoud van de cao's, maar die contractsvrijheid is niet onbegrensd. De collectieve arbeidsvoorwaardenvorming vindt plaats binnen bepaalde juridische kaders die de contractsvrijheid aanzienlijk kunnen beperken. Deze kaders zijn echter ook aan verandering onderhevig en staan bloot aan grotendeels dezelfde effecten van globalisering en andere sociaaleconomische ontwikkelingen. Voorts lijken met name de Europese wetgeving en rechtspraak gevolgen te hebben voor het stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.²³ Het is nog onduidelijk welke effecten deze juridische kaders, waarbinnen de cao-onderhandelingen plaatsvinden, kunnen hebben op de totstandkoming van werkzekerheid. Ook de *juridische mogelijkheden* om werkzekerheid in cao's vorm te geven, moeten, kortom, in kaart worden gebracht.

Tegelijk blijkt uit nieuwsberichten dat werkzekerheid inmiddels wel een ingeburgerd begrip is bij cao-onderhandelingen. De vakbonden hebben werkzekerheid zelfs als

21 A.Ph.C.M. Jaspers, 'Toekomstbestendigheid van het cao-recht', in A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.) *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 8-10.

22 Ibid, p. 11.

23 Men moet hier vooral denken aan verschillende Europese gelijke behandelingsnormen, zoals het verbod van leeftijdsdiscriminatie in de EU-Richtlijn nr. 2000/78, de Uitzendrichtlijn, maar ook, zij het in mindere mate, aan de Laval- en Viking-zaken van het Europees Hof van Justitie. Zie o.a. T.J.M. Smits en M.S. Wirtz, 'Uitdagingen voor het Nederlandse cao-stelsel vanuit Europees perspectief bezien' in *De toekomst van het cao-recht*, in Jaspers en Baltussen 2011, p. 175-195.

één van hun officiële doelstellingen opgenomen.²⁴ Zij gebruiken het begrip als zodanig ook in hun berichtgeving naar en raadplegingen van hun achterban.²⁵ Ook de omslag van baan zekerheid naar werk zekerheid komt als zodanig expliciet voor in collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.²⁶ Het is echter nog niet bekend tot welke concrete cao-afspraken deze werk zekerheidsdoelstellingen hebben geleid. Soms blijkt vrij snel dat het in feite gaat om werk gelegenheids garanties: garanties dat werk gelegenheid behouden blijft. De vraag is ook of dit soort afspraken inderdaad onder werk zekerheid geschaard kunnen worden of dat dit eerder baan zekerheidsafspraken zijn. Indien het laatste het geval is, kan men de vraag stellen of dergelijke werk gelegenheids garanties wenselijk zijn in het licht van de genoemde veranderende omstandigheden. Aannemelijk is echter dat collectief overleg niet alleen gericht is op werk gelegenheids behoud. Zo is al lang bekend dat in veel cao's scholing geregeld is, één van de belangrijkste aspecten van werk zekerheid.²⁷ De vraag naar de concrete invulling van werk zekerheid in cao's blijft echter relevant. Wanneer een inzicht daarin is verkregen kan wellicht ook iets gezegd worden over de mogelijkheid werk zekerheid in het arbeidsrecht (verder) in te bedden.

In juridisch perspectief zijn niet alleen relevant de vragen of cao-partijen werk zekerheidsafspraken kunnen maken en in hoeverre ze dit al (lijken te) doen, maar ook wat het rechtskarakter en de rechtswerking is van de cao-bepalingen die als werk zekerheidsbepalingen gekarakteriseerd kunnen worden. Aangenomen mag worden dat beoogd wordt dat werk zekerheidsbepalingen in een cao een algemene werking hebben. Zoals gezegd is de algemene werking van de cao de hoofdeigenschap van de cao. Deze kenmerkende en gewenste werking van de cao is echter vanuit het juridisch oogpunt zeker niet vanzelfsprekend of eenvoudig te noemen; het cao-recht vormt een van de meest complexe gebieden van het arbeidsrecht.²⁸ Daarnaast is de werking

24 Zie bijv. het Sociaal Akkoord van de Stichting van de Arbeid (ondertekend op 25 maart 2009): 'De huidige situatie maakt het noodzakelijk om werk boven inkomen te stellen. Dat betekent dat beschikbare middelen eerder aan *werk zekerheid* en scholing besteed moeten worden dan aan inkomensverbetering'.

25 In nieuwsberichten is bijvoorbeeld te lezen dat gemeenteambtenaren loonontwikkeling en *werk zekerheid* in de cao het belangrijkste vinden. Dat zijn conclusies uit een enquête onder 3365 gemeenteambtenaren. Zie www.abvakabofnv.nl/nieuws/archief/231163/enquete-gemeenten (geraadpleegd op 28 maart 2011).

26 Dit zien we in een nieuwsbericht over de onderhandelingen over een nieuwe cao Metaal & Techniek: 'CNV Vakmensen wil een Werkfonds afspreken met de metaalwerkgevers. Dit fonds biedt de mogelijkheid de omslag van *baan zekerheid* naar *werk zekerheid* te maken.' Zie www.metaalnieuws.nl/nieuws/5795/cao-overleg-kleinmetaal-hervat.html (geraadpleegd op 28 maart 2011). Ook bij de werkgeversorganisaties komt dit als een afzonderlijk onderwerp voor: 'Daarnaast streeft AfN (NZ: Aannemersfederatie Nederland) naar een cao waarin werk zekerheid wordt opgenomen in plaats van baan zekerheid.' Zie www.managersonline.nl/vaknieuws/financieel/22501/aannemersfederatie-nederland-stapt-uit-bouwend-nederland.html (geraadpleegd op 28 maart 2011).

27 M.B. Kerkhof en S.F. Sagel, 'Scholing en collectieve arbeidsovereenkomst' in G.J.J. Heerma van Voss, *Scholing in het sociaal recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 159-178.

28 Zie bijv. A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, diss. VU, Deventer: Kluwer 2004. Specifiek over afdwingbaarheid van de collectieve werk zekerheidsafspraken, zie in de Belgische context M. Rigaux, 'Collectief bedongen werk zekerheid: een vrije reflectie over de grenzen van de subsidiariteit', in M. Rigaux en W. Rauws (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 704.

van de cao aan ontwikkeling onderhevig. Die ontwikkelingen wijzen op een 'sterke relativisering van de werking van de cao', wat uiteraard gevolgen kan (en misschien wel moet) hebben voor de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.²⁹ Daarnaast is het twijfelachtig of regulering van *gewezen* werknemers bij cao kan geschieden.³⁰ Dit is in het kader van werkzekerheid een interessante vraag aangezien werkzekerheid uitgaat van een 'transitiemakende' werknemer. Ook het verlagen van arbeidsvoorwaarden bij cao in ruil voor werkgelegenheidsbehoud raakt een ingewikkeld arbeidsrechtelijk leerstuk, namelijk de wijziging van de arbeidsovereenkomst.³¹ Kortom, als cao-partijen afspraken maken over werkzekerheid dan kan niet op voorhand (eenvoudig) gezegd worden of en hoe deze afspraken zullen doorwerken in individuele arbeidsovereenkomsten. De juridische werking van werkzekerheidsafspraken in cao's is niet een eenvoudige of voor de hand liggende zaak en verdient een eigen bestudering. Wanneer het immers niet zeker is dat de cao op iedereen kan worden toegepast, wordt het (praktische) nut van de cao als collectieve regeling verkleind.³²

De bovenstaande problemen staan centraal in dit onderzoek dat zich kortgezegd richt op de juridische aspecten van werkzekerheid. De probleemstelling kan als volgt worden samengevat. Uit verschillende (beleids)hoeken wordt werkzekerheid aangedragen als doelstelling voor het arbeidsrecht en cao-onderhandelingen. Dit concept lijkt de kern van het arbeidsrecht te raken, terwijl het nog niet duidelijk is wat het precies inhoudt, of het vanuit arbeidsrechtelijk perspectief wenselijk is en in hoeverre het arbeidsrecht nu op baan- dan wel werkzekerheid is gericht. Verder is het onbekend welke juridische ruimte cao-partijen hebben om werkzekerheid te regelen, in hoeverre ze dit nu al (plegen te) doen en wat de juridische werking en het bereik van zulke 'werkzekerheidsafspraken' is.

1.3 Onderzoeksvraag

De bovenstaande probleemstelling laat zich vertalen in de volgende onderzoeksvraag die als centrale vraagstelling van dit proefschrift fungeert:

Hoe verhoudt werkzekerheid zich als doelstelling tot het arbeidsrechtelijke kader en welke rol kan de cao als juridisch instrument spelen in de realisatie van werkzekerheid?

Teneinde tot een gefundeerde beantwoording van deze vraag te komen, worden er zes subvragen geformuleerd.

Subvraag 1

Wat betekenen de termen werkzekerheid en baan zekerheid in de beleidsmatige respectievelijk juridische context en welke rol heeft het arbeidsrecht hierin?

29 T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?' *ArA* 2008, nr. 1, p. 24.

30 Vlg. M.F. Baltussen, 'De cao en ex-werknemers: een (on)mogelijke combinatie?' in Jaspers en Baltussen 2011, p. 86.

31 Hoewel er veel geschreven is over dit leerstuk, bestaan er geenszins heldere of eenvoudige antwoorden, zie bijv. J.M. van Slooten, 'Collectieve verlaging van arbeidsvoorwaarden', in R.M. Beltzer e.a., *De onderneming in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 43.

32 T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?' *ArA* 2008, nr. 1, p. 39.

Subvraag 2

Is de verschuiving van baan- naar werkzekerheid verenigbaar met de fundamentele uitgangspunten van het arbeidsrecht?

Subvraag 3

In hoeverre is het arbeidsrecht gericht op baan- dan wel werkzekerheid?

Subvraag 4

Welke juridische ruimte hebben cao-partijen om werkzekerheid te regelen?

Subvraag 5

Op welke manier wordt in cao's inhoud gegeven aan werkzekerheid?

Subvraag 6

Wat is het juridische bereik van de collectieve afspraken over werkzekerheid?

1.4 Methode van onderzoek

Arbeid wordt meestal verricht in het kader van een dienstbetrekking: de werknemer verricht onder gezag van de werkgever arbeid, waarvoor hij loon ontvangt.³³ De arbeidsovereenkomst ligt hieraan ten grondslag. De arbeidsovereenkomst staat centraal in het arbeidsrecht.³⁴ Ook voor deze studie zijn de juridische kenmerken van de arbeidsovereenkomst en alle rechtsregels die betrekking hebben op de arbeidsovereenkomst, het kader waarbinnen werkzekerheid wordt geplaatst. Werkzekerheid is echter als zodanig geen juridisch begrip. In dit onderzoek wordt dan ook vertrokken vanuit de notie werkzekerheid als een beleidsbegrip binnen het arbeidsmarktbeleid van overheidswege (zowel op nationaal als op Europees niveau). Verschillende beleidsdocumenten over werkzekerheid worden bestudeerd om de doelstellingen en de assumpties die ten grondslag liggen aan het werkzekerheidsbeleid bloot te leggen. Werkzekerheid moet dan op basis van dit literatuuronderzoek ten behoeve van de verdere analyse gedefinieerd worden. Bij de te geven definitie wordt vooral gekeken naar de mogelijkheid om (aspecten of componenten van) werkzekerheid te vertalen naar *rechten* (aanspraken) en *plichten* ten aanzien van de partijen bij de arbeidsovereenkomst. Het formuleren van de rechten en plichten van de werknemer en de werkgever jegens elkaar, is immers de kern van het werkwijze van het arbeidsrecht. Onderzocht wordt tevens of er arbeidsrechtelijke noties zijn die corresponderen met werkzekerheid zoals gedefinieerd in dit werk. Het 'in arbeidsrechtelijk kader plaatsen' van werkzekerheid is echter niet een eenrichtingsverkeer. Het betekent niet alleen het vertalen van werkzekerheid als beleidsbegrip naar een mogelijk juridisch begrip, maar het impliceert ook een kritische

33 Dit zijn de drie elementen van de arbeidsovereenkomst zoals gedefinieerd in het Burgerlijk Wetboek: arbeid, loon en gezag, zie art. 7:610 BW.

34 Met arbeidsrecht wordt bedoeld het geheel van rechtsregels dat betrekking heeft op de arbeidsverhouding van de onzelfstandige beroepsbevolking in de private sector. Vlg. De Schets 2005, p. 1.

beschouwing van werkzekerheid vanuit datzelfde arbeidsrechtelijke kader. Dat gebeurt met name door te onderzoeken hoe werkzekerheid zich verhoudt tot de doelstellingen van het arbeidsrecht en de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming zoals in de literatuur uitgewerkt. Dit gedeelte van het onderzoek moet een antwoord bieden op de eerste en de tweede subvraag.

De derde subvraag betreft de eerdergenoemde assumptie in het arbeidsmarktbeleid dat het Nederlandse arbeidsrecht gericht is op baanzekerheid. Onderzocht moet worden of die assumptie klopt en of en in hoeverre er (ook) gesproken kan worden van een gerichtheid op werkzekerheid. Daartoe worden de arbeidsrechtelijke regels zoals ze in de nationale en Europese wetten zijn vastgelegd, de actuele rechtspraak en de literatuur bestudeerd. Het gaat hierbij met name om regels met betrekking tot het aangaan en het beëindigen van een arbeidsrelatie, aangezien die regels van belang zijn bij het verwerven en het behouden van werk.

De volgende stap is het onderzoek naar de juridische mogelijkheden en beperkingen van de cao-partijen om werkzekerheid gestalte te geven, wat correspondeert met de vierde subvraag: welke juridische ruimte hebben de cao-partijen om werkzekerheid te regelen? Het gaat er voornamelijk om vast te stellen wat cao-partijen onderling *kunnen* afspreken op dit gebied – zowel ten opzichte van elkaar als ten opzichte van derden (in dit geval de individuele werknemers en werkgevers) – waarbij voornamelijk de juridische grenzen van hun ‘regelingsmacht’ worden verkend.³⁵ Die juridische grenzen zijn te vinden in de wet en de jurisprudentie met betrekking tot de cao en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Het gaat dan echter vooral om de *onderwerpen* die in cao’s geregeld kunnen worden. Ten aanzien van de *personen* voor wie de cao van direct belang is, geldt dat dit een meer positiefrechtelijk onderzoek vergt. Het gaat dan onder meer om de juridische status en werking van de regelingen die als ‘werkzekerheidsregelingen’ gekwalificeerd kunnen worden. Belangrijk is ook te achterhalen hoe de rechter zal omgaan met deze regelingen in het geval van juridische conflicten. Dit gedeelte van het onderzoek heeft betrekking op de zesde subvraag (het bereik van de werkzekerheidsafspraken).

De vijfde subvraag heeft betrekking op wat cao-partijen in de praktijk afspreken over werkzekerheid. Op basis van empirisch onderzoek naar de inhoud van de cao’s, wordt onderzocht wat reeds in cao’s wordt geregeld om werkzekerheid te bevorderen. Hiermee kan in de eerste plaats het theoretische gedeelte – waarin de juridische ruimte van de cao-partijen om werkzekerheid te regelen is verkend – getoetst worden aan de praktijk. In hoeverre maken ze van die ruimte gebruik en tot welke afspraken heeft dat geleid? Ook de juridische mogelijkheden en beperkingen van de cao als juridisch instrument die gevonden zijn in het theoretische gedeelte kunnen zo aan de praktijk getoetst worden. Interessant is daarbij de vraag of er onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende groepen werknemers. Worden er groepen uitgesloten

³⁵ Vlg. A.T.J.M. Jacobs, ‘Grenzen aan de regelingsmacht der CAO-partijen’, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1982.

van voor werkzekerheid relevante rechten en plichten en op basis van welke gronden (anciënniteit, type aanstelling, opleiding, etc.)? In de tweede plaats dient dit onderzoek ook de beantwoording van de centrale vraag, namelijk in hoeverre het arbeidsrecht (en dan met name de cao als één van de belangrijkste bronnen daarvan³⁶) gericht is op werkzekerheid.

Onderzoek van cao-bepalingen

Hoe is het empirische onderzoek verricht? Die vraag is te specificeren naar *welke* cao's zijn bestudeerd en *hoe* heeft de bestudering plaatsgevonden. Dat een selectie van cao's gemaakt moet worden, is immers evident. In 2010 meldt het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) ongeveer 700 reguliere op dat moment geldende cao's in zijn bestand te hebben.³⁷ Het ministerie van SZW brengt elk jaar een rapportage uit van onderzochte cao's. Daarbij werkt het ministerie met een steekproef waarin ongeveer 100 grootste ondernemings- en bedrijfstak-cao's (inclusief de overheidsakkoorden) zijn opgenomen.³⁸ Dat zijn de ondernemings-cao's die van toepassing zijn op 3.000 of meer werknemers en bedrijfstak-cao's die van toepassing zijn op 10.000 of meer werknemers. Daarmee zijn deze cao's niet representatief voor alle cao's die er in Nederland zijn, maar de steekproef is wel representatief naar werknemersaantallen, omdat ermee ongeveer 85-90% van alle werknemers die onder een cao vallen, wordt gedekt.³⁹ Om die reden is voor dit onderzoek gebruik gemaakt van dezelfde steekproef.⁴⁰ De onderzochte cao's golden in de periode tussen 2010 en 2013.⁴¹

Hoe zijn de geselecteerde cao's bestudeerd? Duidelijk is dat simpelweg zoeken in cao's met 'werkzekerheid' als trefwoord niet voldoende is. Het is mogelijk dat er afspraken zijn die wel tot doel hebben om aan werkzekerheid van werknemers bij te dragen zonder dat daar expliciet naar verwezen wordt. Alle arbeidsvoorwaarden in de geselecteerde cao's moeten naar hun *aard* en *inhoud* geïnterpreteerd worden. Voor de interpretatie van cao-bepaling wordt zo veel mogelijk aangesloten bij de 'gebruikelijke' manier van uitleg van cao-bepalingen, zoals ontwikkeld in de rechtspraak.⁴² Om ook de achtergronden van cao's te begrijpen, zijn ook materialen als richtsnoeren, circulaire, aanbevelingen, nieuwsberichten en jaarverslagen gebruikt.

36 Dat wat uiteindelijk als recht geldt, is te vinden in de wet, de jurisprudentie en de individuele en collectieve overeenkomsten. Zie E.J.A. Franssen en G.J.J. Heerma van Voss, 'Doorwerking van bronnen van het arbeidsrecht op de verplichtingen van werkgever en werknemer', *SR* 2007/75.

37 Voorjaarrapportage 2010, bijlage 7. Op basis van cao-onderzoek verricht door de medewerkers van het ministerie worden rapportages opgesteld, die te vinden zijn op cao.szw.nl. Inmiddels worden de onderzoeken één keer per jaar verricht.

38 De steekproef wordt driejaarlijks geactualiseerd.

39 Vlg. ministerie van SZW, *Cao-afspraken 2011*, oktober 2012, p. 1.

40 De steekproef is ter beschikking gesteld door de medewerkers van het ministerie. De betreffende cao's heb ik vervolgens zelf gezocht via cao.szw.nl. De peildatum van de steekproef is 1 april 2012. Door samenvoeging of splitsing van cao's kan het zijn dat de onderzochte cao niet helemaal overeenkomt met de cao's in de steekproef. De lijst met alle onderzochte cao's is in bijlage 1 opgenomen.

41 De selectiemethode is in hoofdstuk 6 verder uitgelegd.

42 Zie o.a. Fase/Van Drongelen, p. 114-116 en aldaar aangehaalde rechtspraak; P.F. van der Heijden, 'Uitleg van CAO-bepalingen', *ArbeidsRecht* 1994, 8.

Er bestaat echter niet een methode om te bepalen wanneer een cao-bepaling wel of niet tot 'werkzekerheidsbepalingen' gerekend kan worden. Een eigen methode moet voor dit onderzoek ontwikkeld worden. Dit kan pas gebeuren wanneer de begrippen baanzekerheid en werkzekerheid zijn afgebakend en gedefinieerd.⁴³

1.5 Disciplinaire inbedding

Werkzekerheid is een actueel begrip zowel in de beleidsdocumenten als de recente academische literatuur. In de literatuur wordt werkzekerheid vaak in het kader van of in verband met flexicurity behandeld. Aangezien flexicurity een breed scala aan onderwerpen kan behelzen en vanuit verschillende disciplines benaderd kan worden, zijn verwijzingen naar werkzekerheid ook in allerlei studies en in verscheidene disciplines te vinden. Wat arbeidsrechtelijke literatuur betreft, wordt werkzekerheid meestal in combinatie met (de versoepeling van) het *ontslagrecht* besproken. Auteurs concentreren zich doorgaans op de uitruil die al dan niet plaats zou moeten vinden of heeft gevonden tussen de verminderde (ontslag)bescherming (en dus verminderde baanzekerheid) en de al dan niet uitgebreide werkzekerheid.⁴⁴ Een voorbeeld van een (grondig) onderzoek naar de combinatie van flexibiliteit en bescherming tegen ontslag is de dissertatie van Heerma van Voss, waarin de centrale probleemstelling wordt ingegeven door het belang van werknemers bij juridische bescherming tegen ontslag aan de ene kant en de behoefte van de werkgevers aan flexibiliteit in het kader van 'modern ondernemingsbestuur' aan de andere kant.⁴⁵ Hij zoekt alternatieve mogelijkheden van bescherming tegen ontslag die flexibiliteit mogelijk maken. Ook hij bestudeert de praktijk, maar dan de praktijk van ontslagbeleid van ondernemingen.⁴⁶ In het kader van flexicurity en arbeidsrecht moet ook gewezen worden op het onderzoek van Vandeputte. Kijkend naar de effecten van flexicurity op het Belgische ontslagrecht, heeft hij in kaart gebracht hoe volgens hem het ontslagrecht ingericht moet worden wil het meer in lijn zijn met het 'arbeidsmarktdenken' dat uit flexicurity voortvloeit.⁴⁷

Onderzoeken naar enkel de werkzekerheid (wat het is, hoe het zich verhoudt tot het arbeidsrechtelijke normatieve kader en, meer specifiek, hoe het uitgewerkt kan worden in cao's) zijn er niet (veel) geweest. Er is wel aandacht geweest voor een begrip dat sterk samenhangt met werkzekerheid, namelijk employability, ofwel inzetbaarheid. Er zijn al eerste stappen gezet in het analyseren van de verplichtingen

⁴³ Zie hoofdstuk 2 en 6.

⁴⁴ Bijv. A. Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, diss. UvA, Deventer: Kluwer, 2009; C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014.

⁴⁵ G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer, 1992. Overigens ogen de sociaaleconomische omstandigheden waar Heerma van Voss in zijn inleiding naar verwijst (de toegenomen behoefte aan flexibiliteit, de segmentering van de arbeidsmarkt enz.) nog zeer actueel, wat ook kan wijzen op een relativering van deze factoren als zijn 'veranderingen' die tot hervorming nopen.

⁴⁶ Heerma van Voss maakt verder een vergelijking met het ontslagrecht in Japan dat bekend staat om grote flexibiliteit binnen de onderneming.

⁴⁷ W. Vandeputte, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt. Naar een modernisering van het Belgische ontslagrecht*, diss. K.U. Leuven, eigen uitgave, 2012.

van de werknemer in het kader van goed werknemerschap om te werken aan zijn of haar employability.⁴⁸ Beschouwingen zijn ook gewijd aan de vraag of er een scholingsplicht en scholingsrecht voor werknemers zou moeten komen.⁴⁹

Employability en scholing kunnen als deelaspecten van werkzekerheid gezien worden. In dit proefschrift is gebruik gemaakt van de studies naar deze deelaspecten van werkzekerheid. Waar de probleemstelling van dit onderzoek verschilt van bijvoorbeeld het onderzoek van Heerma van Voss is dat hier de vertaling van het beleid naar de juridische context een grotere rol krijgt en ook andere aspecten van werkzekerheid dan bescherming tegen ontslag worden bestudeerd. Een ander verschil is de hier aanwezige focus op de uitwerking van werkzekerheid in cao's, wat tevens inhoudt dat het kader waarbinnen collectieve arbeidsvoorwaardenvorming plaatsvindt, ook verkend wordt.

De inhoud van de cao wordt in de doctrine niet systematisch bestudeerd. In 1994 constateren Jansen en Loonstra dat waar de literatuur over de wettelijke regeling van de cao overvloedig is, over de inhoud van de cao veel minder is geschreven.⁵⁰ Deze constatering is nog steeds op zijn plaats. Wetenschappers erkennen dat cao's belangrijk rechtsbronnen zijn binnen het sociale recht en dat ze de actuele stand van het sociaal recht meebepalen.⁵¹ Vanwege het grote aantal cao's is het echter niet eenvoudig om de inhoud ervan systematisch te bestuderen. Daarnaast handelen cao's over de meest uiteenlopende onderwerpen, terwijl ze voor een beperkte duur worden afgesloten. Rapportages over de inhoud ervan kunnen snel hun actualiteit verliezen. De juridische literatuur concentreert zich dan ook op de totstandkoming en de toepasselijkheid van cao's en in veel mindere mate op de inhoud ervan.

De resultaten van deze studie bieden niet alleen een inkijk in de inhoud van de (actuele) cao's op het gebied van werkzekerheid, maar zij kunnen wellicht ook bijdragen aan het breder debat over de toekomst van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Niet alleen in Nederland, maar ook daarbuiten, staat de positie van de cao als instituut al enige tijd ter discussie.⁵² Dit heeft onder andere te maken met de afnemende representativiteit van de cao-partijen, de toegenomen decentralisatie en andere, eerder genoemde, veranderingen en 'uitdagingen' in de wereld van het werk, zoals globalisering en snelle technologische ontwikkelingen. Juist het ontwikkelen en het waarborgen van werkzekerheid voor werknemers wordt gezien als een gebied waar voor de werknemersorganisaties kansen liggen om een nieuwe rol te gaan

48 Zie bijv. D.J.B. de Wolff, 'De zorgplicht van de werknemer voor zijn loopbaan', in: J.J.M. Theeuwes e.a., *De werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

49 G.J.J. Heerma van Voss, 'Life-long-learning as an individual social right', in: F.J.L. Pennings, Y. Konijn en A.G. Veldman, *Social responsibility in labour relations : European and comparative perspectives*, Wolters Kluwer 2008, p. 119-130.

50 C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'De inhoud van de collectieve arbeidsovereenkomst in het interbellum', *SMA* 1994, p. 149.

51 Zie bijv. A.T.J.M. Jacobs, *Elementair Sociaal Recht*, 7^e druk, p. 26; De Schets, p. 233.

52 Zie hierover hoofdstuk 3.

vervullen en zo weer nieuwe leden te verwerven.⁵³ Wanneer we meer weten over welke rol de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming kan spelen bij de ontwikkeling van de nieuwe zekerheden op de arbeidsmarkt, dan kunnen we ook een betere inschatting maken van het belang van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming als instituut in de toekomst.

1.6 Begrenzing van het onderzoek

Werknemers

Met dit onderzoek wordt getracht meer inzicht te krijgen in de verhouding tussen werkzekerheid en het arbeidsrecht en de rol die de cao als juridisch instrument kan spelen in de verwezenlijking van werkzekerheid, maar het onderzoek kent een aantal beperkingen. Een belangrijke beperking is te vinden in de groep van personen op wie de onderzoeksresultaten betrekking hebben. In het arbeidsrecht staat de werkgever-werknemer relatie centraal en zo ook in dit onderzoek. De nadruk in deze studie ligt op werkzekerheid voor werknemers, niet voor zelfstandigen of werklozen. Dit is een belangrijke beperking. Niet uitgesloten is echter dat in het cao-overleg voorzieningen getroffen worden voor andere groepen; deze zullen in het onderzoek worden meegenomen, voor zover ze aangetroffen worden.

Cao's

Andere beperkingen betreffen met name de rol van de cao in de ontwikkeling van werkzekerheid. Om een optimaal antwoord te kunnen geven op de vraag of en hoe sociale partners werkzekerheid (kunnen) bevorderen zou men ook moeten weten in hoeverre werknemers feitelijk gebruik maken van de werkzekerheidsafspraken in cao's.⁵⁴ Onderzocht zou ook moeten worden wat de effecten van de zogenoemde employability-inspanningen, zoals scholing, zijn. Wat is hun werkelijk invloed op iemands loopbaan? Zijn in dat opzicht sommige 'werkzekerheidsinspanningen' beter dan andere? Dat zou echter een ander soort onderzoek vergen. Daarom valt dit buiten het bereik van deze studie en zal het hoogstens zijdelings aan bod komen, voor zover informatie hierover beschikbaar is.

Een tweede beperking hier is te vinden in de tijd. Cao's worden afgesloten voor een bepaalde periode. Cao's bestuderen betekent als het ware een 'moving target' bestuderen. Een selectie is, zoals eerder aangegeven, gemaakt wat betreft de tijds-panne. De focus ligt op cao's die ongeveer ten tijde van dit onderzoek zijn gesloten (tussen januari 2010 en december 2012). De achtergrond en de ontwikkeling zijn zo veel mogelijk meegenomen in het onderzoek om beter te kunnen begrijpen waarom de gevonden relevante cao-afspraken zijn zoals ze zijn. Oude cao's zijn echter niet onderzocht. Dat betekent dat dit onderzoek slechts resultaten kan opleveren over de

53 Zie bijv. M. de Vos, 'Perspectief op oorsprong, realiteit en duurzaamheid van flexizekerheid', in: Instituut voor Arbeidsrecht, *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber amicorum Prof. Dr. Othmar Vanachter* Antwerpen: Intersentia 2009, p. 740.

54 Dit is de zogenoemde take-up rate.

actuele toestand van werkzekerheid in cao's. Niets kan op basis van dit onderzoek gezegd worden over de *ontwikkeling* ervan in de tijd.

Sociale plannen

Dit onderzoek richt zich op de collectieve arbeidsovereenkomst in de zin van de Wet CAO. De ondernemingsovereenkomst, waarbij de ondernemingsraad en niet de vakbond optreedt als werknemersvertegenwoordiger, wordt in principe buiten beschouwing gelaten. Ook sociale plannen vallen in principe buiten het bereik van dit onderzoek, hoewel een sociaal plan wel een cao kan zijn.⁵⁵ Bovendien is de verwachting dat in sociale plannen veel van-werk-naar-werk afspraken worden gemaakt. Een systematisch onderzoek naar sociale plannen is echter niet eenvoudig te realiseren. Een reden daarvoor is dat lang niet alle sociale plannen als cao aangemeld worden bij het ministerie van SZW. Belangrijker nog is het probleem van de selectie. Er bestaan zeer veel sociale plannen. Om enigszins algemene uitspraken te kunnen doen, zou men naast een groot aantal sociale plannen, ook sociale plannen uit verschillende sectoren moeten verzamelen, aangezien de inhoud ervan sterk zal zijn afgestemd op de bijzondere eigenschappen van de bedrijfstak en de onderneming. Vanwege deze (praktische) problemen worden de sociale plannen niet betrokken in dit onderzoek, hoewel opgemerkt dient te worden dat dit een interessante richting zou zijn voor (vervolg)onderzoek.

Ontslagrecht

De onderwerpen werkzekerheid en employability worden de laatste jaren vaak genoemd in de discussies rondom de aanpassing van het ontslagrecht. Ze worden vaak genoemd als redenen voor een versoepeling van het ontslagrecht. Daarbij wordt dikwijls naar voren gebracht dat gestreefd moet worden naar werkzekerheid en niet naar baan zekerheid. Met andere woorden, mensen hoeven niet zeker te zijn van hun huidige baan (gevolg van een soepel ontslagrecht) als ze maar zeker zijn van hun mogelijkheid om steeds aan het werk te komen.⁵⁶ Hoewel het ontslagrecht wel degelijk een rol speelt in dit onderzoek, heeft de problematiek rondom de versoepeling van het ontslagrecht geen centrale rol. Er wordt bijvoorbeeld niet gekeken naar of en hoe investeringen in employability tot een lagere ontslagvergoeding kunnen leiden. Hoewel het onderzoek reeds afgerond was, zijn de plannen uit het Sociaal Akkoord van 2013 en het daarop gebaseerde Wetsvoorstel Werk en Zekerheid toch nog in het onderzoek verwerkt vanwege het belang van die plannen en vanwege het feit dat ook in deze plannen werkzekerheid een rol speelt.⁵⁷ De reden voor het niet (uitvoeriger) behandelen van de problematiek van de versoepeling van het ontslagrecht is niet het feit dat zij een 'rechtspolitiek mijnenveld' is,⁵⁸ maar het feit dat

55 In hoofdstuk 6 (waarin de rechtsgevolgen van de collectieve afspraken centraal staan) is het sociaal plan echter wel in het onderzoek betrokken.

56 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2008-2009, 31862, nr. 2.

57 Het onderzoek is in oktober 2013 afgerond. Voor het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid is uitgegaan van de versie zoals ingediend bij de Eerste Kamer op 18 februari 2014, *Kamerstukken I* 2013-2014, 33818, nr. A. Dit is in maart 2014 bij het onderzoek betrokken.

58 A.G. Spier in HR 27 november 2009, LJN BJ6596, conclusie 3.6.

werkzekerheid een onderwerp is dat op zichzelf bestudering behoeft. Dit tamelijk nieuwe (beleids)onderwerp komt zeer vaak aan bod, waarbij het dikwijls gepresenteerd wordt als het alternatief voor baanzekerheid, terwijl het op zichzelf nog weinig is bestudeerd. De problematiek rondom het ontslagrecht wordt reeds door veel mensen besproken en bestudeerd. Zij kunnen juist geholpen worden wanneer werkzekerheid (juridisch) wordt gepreciseerd en uitgewerkt. Het accent van deze studie ligt daarnaast op een ander terrein, namelijk de cao's en sociale partners.

Nederland

De studie is tot slot beperkt tot Nederland, de specifieke Nederlandse arbeidsmarktsituatie en het Nederlandse arbeidsverhoudingenmodel. De reden hiervoor is dat werkzekerheid, zoals reeds vermeld, een onderwerp in ontwikkeling is en dan met name – naar verwacht wordt – een ontwikkeling in cao's. Ervaringen en praktijken in andere landen kunnen vanzelfsprekend van grote waarde zijn voor het algemene debat over werkzekerheid, toch zou een rechtsvergelijkend onderzoek *in dit kader* slechts een beperkte toevoeging vormen voor de beantwoording van de centrale vraag vanwege de specifieke plaats die de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming inneemt in elk nationaal stelsel. Doorgaans worden in onderzoeken waarin de cao een grote rol speelt vergelijkingen gemaakt van de cao-stelsels en niet – of in veel mindere mate – van de individuele rechten en plichten die op basis van de cao's bestaan (dus de inhoud van de cao), terwijl dit laatste één van de voornaamste doelstellingen is van dit onderzoek. De resultaten van dit onderzoek kunnen echter wel buiten de Nederlandse context relevant zijn, aangezien dit onderzoek onder andere tracht manieren te onderscheiden om beleidsdoelstellingen te vertalen naar mogelijke contractuele verplichtingen en een inventarisatie geeft van de mogelijke juridische problemen daaromtrent. Op basis van rechtsvergelijkend onderzoek is het immers al bekend dat de *juridische problemen* die kunnen ontstaan wanneer men op basis van een arbeidsovereenkomst werkt in alle (geïndustrialiseerde) landen vergelijkbaar zijn geworden.⁵⁹

1.7 Opbouw

In hoofdstuk 2 staat werkzekerheid als beleidsstrategie centraal en de rol van het arbeidsrecht daarin. Het beleidsconcept werkzekerheid wordt geanalyseerd aan de hand van de beleidsdocumenten afkomstig van de Europese Commissie, maar ook de nationale instituties zoals de SER en de WRR. Daar is ook de definitie ten behoeve van dit onderzoek afgebakend. Aansluiting wordt gezocht bij andere concepten uit (Europese) rechtsbronnen, zoals het recht op arbeid, om te onderzoeken op welke wijze werkzekerheid ondersteund wordt door rechten en plichten zoals vervat in het positieve arbeidsrecht. Het aansluitende hoofdstuk (hoofdstuk 3) geeft een beschouwing over de wenselijkheid van werkzekerheid vanuit een arbeidsrechtelijk perspectief.

⁵⁹ O. Kahn-Freund, 'On Uses and Misuses of Comparative Law' *Modern Law Review* 1974 vol. 37 nr. 1, p. 9.

In hoofdstuk 4 is onderzocht in hoeverre gesproken kan worden van een gerichtheid op baan- dan wel werkzekerheid wat de systematiek van het arbeidsrecht betreft. De veelgehoorde assumptie dat de ontslagbescherming bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd sterk gericht is op baanzekerheid wordt hier als het ware getest. Daarbij wordt ook gekeken of (ook) van enige gerichtheid op werkzekerheid gesproken kan worden, waarbij uitgegaan wordt van de definitie van werkzekerheid zoals in het tweede hoofdstuk gegeven.

Hoofdstuk 5 gaat in op de mogelijkheden en beperkingen van de cao als juridisch instrument voor de vormgeving van werkzekerheid. Daartoe is eerst onderzocht welke juridische normen invloed hebben op de inhoud van cao's. Hier is kort ingegaan op het rechtsbeginsel van contractsvrijheid, waarna de vraag wordt gesteld of de 'collectieve contractsvrijheid' (die de cao-partijen toekomt) in hetzelfde licht moet worden gezien. De relevante dwingende wettelijke bepalingen (voornamelijk arbeidsrechtelijk van aard, maar ook betreffende het mededingingsrecht) zullen de revue passeren, aangezien zij de belangrijkste juridische beperking op de contractsvrijheid vormen. De driekwartdwingende bepalingen komen hier aan de orde, die weer meer ruimte voor de cao-partijen scheppen. Ook andere mogelijke beperkingen van de contractsvrijheid van cao-partijen, vooral die met een 'Europese' afkomst, worden besproken.

In hoofdstuk 6 worden de resultaten van het empirische gedeelte gepresenteerd waarin cao's zijn onderzocht. Op basis van de in hoofdstuk 2 geformuleerde aspecten van werkzekerheid zijn de cao-bepalingen nagelopen om te onderzoeken op welke manier de sociale partners momenteel bijdragen aan werkzekerheid. In hoofdstuk 7 volgt een analyse van het juridische bereik van de 'werkzekerheidsafspraken' zoals in cao's aangetroffen. In het laatste hoofdstuk (hoofdstuk 8) volgen zoals gebruikelijk de conclusies op basis van het hele onderzoek.

HOOFDSTUK 2

De zekerheden op de arbeidsmarkt

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de begrippen werkzekerheid en baanzekerheid geanalyseerd teneinde ten behoeve van dit onderzoek zo precies mogelijk te achterhalen wat deze beleidsbegrippen in de juridische context (kunnen) inhouden. Zij worden vaak samen genoemd en zelfs tegenover elkaar geplaatst, waarbij werkzekerheid vaak wordt voorgesteld als een nieuwe nastrevenswaardige zekerheid, die nog (verder) vormgegeven moet worden, terwijl baanzekerheid iets zou zijn wat al bestaat, maar niet langer – althans niet in zijn huidige vorm – wenselijk is. Werkzekerheid staat echter centraal in dit onderzoek; baanzekerheid wordt dan ook steeds in de context van werkzekerheid behandeld.

Werkzekerheid kent niet één vaststaande definitie. In de arbeidsmarktliteratuur wordt ze vaak geïntroduceerd als onderdeel van *flexicurity*, een beleidsdiscours dat voornamelijk een rol speelt in het Europese werkgelegenheidsbeleid. Om te begrijpen wat werkzekerheid inhoudt en beoogt, wordt het begrip eerst in dit bredere kader van flexicurity geplaatst. Om die reden worden ook de belangrijkste doelstellingen van het flexicurity-beleid kort beschreven, alsmede de argumenten en de aannames waar dit beleid op stoelt. Ook de belangrijkste kritiek die flexicurity als beleidsstrategie ten dele is gevallen zal kort behandeld worden. Werkzekerheid als begrip komt echter niet alleen in flexicurity-documenten voor, we vinden de notie ook terug in verschillende nationale (beleids)initiatieven zowel van de hand van de overheid als van de sociale partners. Daarom wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste initiatieven, waarbij steeds het doel is om te duiden wat de doelstelling is en door welke argumenten die gedragen wordt.

Nadat werkzekerheid en baanzekerheid verkend zijn tegen het bredere Europese en nationale beleidskader, wordt de stap gemaakt om de begrippen verder af te bakenen door de belangrijkste elementen ervan te benoemen. Waar in het eerste gedeelte van het hoofdstuk enigszins 'los' wordt omgegaan met deze begrippen – in die zin dat meerdere interpretaties ervan gebruikt worden – wordt in het tweede gedeelte getracht een functionele definitie van de begrippen te formuleren die verder consequent wordt gebruikt.

Hoewel werkzekerheid dus niet één vaststaande definitie heeft, is het duidelijk dat zij – net als baan zekerheid – verbonden is met het werkgelegenheidsvraagstuk. Dit vraagstuk wordt in verschillende disciplines aan de orde gesteld en niet in de laatste plaats in de economie. Het werkgelegenheidsvraagstuk heeft echter ook een plaats in de juridische discipline. De mogelijkheid om te werken is namelijk als een fundamenteel recht opgenomen in verschillende internationale verdragen. Iedereen heeft ‘recht op arbeid’.¹ In dit hoofdstuk wordt onderzocht wat deze juridische notie inhoudt en hoe zij zich verhoudt tot werkzekerheid. Daarnaast worden andere manieren verkend waarop het werkgelegenheidsvraagstuk in de rechtsleer terugkomt om zo werkzekerheid in het recht – als discipline – te situeren.

2.2 Europees beleid

2.2.1 Flexicurity: de strekking

Een van de meest voor de hand liggende manieren om werkzekerheid te bestuderen is door het te zien als onderdeel van flexicurity, de sociaaleconomische beleidsstrategie van de Europese Unie. Flexicurity is een samentrekking van de Engelse woorden flexibility en security,² welke term vanaf 2006 expliciet gebruikt wordt in de Europese beleidsdocumenten, hoewel het afkomstig is uit academische publicaties waarin het als volgt pleegt te worden gedefinieerd: flexicurity is een beleidsstrategie die erop is gericht om gelijktijdig en bewust de flexibiliteit van de arbeidsmarkt, de arbeidsorganisatie en de arbeidsverhoudingen te vergroten én de zekerheid te versterken, in het bijzonder de werkzekerheid en inkomenszekerheid.³ Flexicurity verenigt dus twee ogenschijnlijk tegengestelde doelstellingen: flexibiliteit én zekerheid van werk en inkomen.

Flexicurity is de kern van de Europese Werkgelegenheidsstrategie gaan vormen.⁴ Het doel van de Europese Werkgelegenheidsstrategie is het scheppen van ‘meer en betere banen’, zoals de leus luidt. Dit is in overeenkomst met Europa 2020 en haar voorganger, de Lissabon-agenda, waarin de Europese Werkgelegenheidsstrategie op haar beurt is ondergebracht. Dit ambitieuze plan komt er kort gezegd op neer van de EU de meest competitieve en dynamische kenniseconomie te maken. In dit kader tracht de Europese Commissie het arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten te sturen en te convergeren door zogenoemde richtsnoeren te publiceren, die

1 Zie bijv. artikel 23 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties uit 1948: ‘Everyone has the right to work’.

2 In de officiële vertalingen van de EC-documenten wordt de term ‘flexizekerheid’ gebruikt. In de Nederlandse literatuur is het echter gewoon om de Engelse term te gebruiken.

3 T. Wilthagen en F. Tros, ‘The concept of ‘flexicurity’: a new approach to regulating employment and labour markets’, *Transfer* 2004, vol. 10, nr. 2, p. 169. Wilthagen en Tros laten ook zien dat flexicurity, naast een beleidsstrategie, ook kan refereren aan de ‘stand van zaken’ of de conditie van de arbeidsmarkt in een bepaald land. Het kan daarnaast benaderd worden als een analytisch concept voor onderzoek. Zie bijv. T. Bredgaard en F. Larsen, ‘External and Internal Flexicurity: Comparing Denmark and Japan’, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2010 nr. 4, p. 747.

4 L. Burroni en M. Keune, ‘Flexicurity: A conceptual critique’, *European Journal of Industrial Relations* 2011 vol. 77, nr. 1, p. 75.

vervolgens op nationaal niveau geïmplementeerd dienen te worden.⁵ Flexicurity is het leidend model in die richtsnoeren.⁶ Zo vroeg het richtsnoer nummer 21 van de 'Integrale Richtsnoeren voor Groei en Werkgelegenheid' die van kracht waren van 2005 tot 2008, van de lidstaten om 'flexibiliteit gecombineerd met *werkzekerheid* te bevorderen en segmentering van de arbeidsmarkt te verminderen'.⁷ Ook het richtsnoer nummer 7 van 2010 spoort de lidstaten aan om de 'flexicurity beginselen' in hun arbeidsmarktbeleid te implementeren.⁸

Flexicurity moet niet alleen richting geven aan het werkgelegenheidsbeleid, maar ook aan het sociale beleid binnen de lidstaten. Flexicurity vindt haar weg naar de lidstaten dan ook langs twee sporen: als het sleutelbegrip binnen het werkgelegenheidsbeleid, maar ook als het algemene denkkader voor de verdere uitbouw van de sociale politiek van de EU, waaronder het Europees arbeidsrecht valt.⁹ Flexicurity is dan ook niet alleen te vinden in beleidsdocumenten op het gebied van werkgelegenheid; ook in *hard law* verschijnt het flexicurity-idee.¹⁰ Hoewel het Europese arbeidsrecht en het Europese werkgelegenheidsbeleid door juristen vaak worden gezien als twee aparte domeinen aangezien het Europese werkgelegenheidsbeleid opereert via de zogenoemde Open Methode van Coördinatie (OMC) wiens effecten als 'soft law' worden beschouwd terwijl het arbeidsrecht 'hard law' is, zijn de twee duidelijk met elkaar verbonden.¹¹ Niet alleen kunnen deze verschillende instrumenten soms vergelijkbare effecten hebben, waarbij ze in hun werking ook elkaar kunnen aanvullen,¹² maar wat nog belangrijker is, is dat zij de achterliggende visie en de uiteindelijke doelstellingen delen. Zo verwijst de Richtlijn betreffende de raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de overwegingen naar de Werkgelegenheidsrichtsnoeren wiens doel het onder andere is om 'het vereiste evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid tot stand te brengen'.¹³

5 De EU heeft die bevoegdheid op grond van art. 5 lid 2 van het Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU). Dit gebeurt conform titel IX (werkgelegenheid) van VWEU.

6 Wilthagen noemt flexicurity het nieuwe paradigma voor de hervorming van arbeidsmarktbeleid in de EU, T. Wilthagen, *Flexicurity: a new paradigm for labour market policy reform?*, WZB paper 98-202, 1998.

7 Besluit 2008/618/EG van de Raad van 15 juli 2008 betreffende de richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten.

8 Besluit 2010/707/EU van de Raad van 21 oktober 2010 betreffende de richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten. In 2011 heeft de Raad het voorstel goedgekeurd om de werkgelegenheidsrichtsnoeren uit 2010 tot en met 2014 stabiel te laten blijven en indien nodig slechts beperkt aan te passen, 2011/308/EU.

9 W. Vandeputte, 'Arbeidsrecht tussen flexibiliteit en zekerheid. Existentiële vragen over het arbeidsrecht en de vastheid van betrekking in het licht van flexizekerheid', *Sociaalrechtelijke kronieken* 2010, p. 7.

10 Richtlijn nr. 2008/104/EG, 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid. Hier wordt zowel over 'werkzekerheid' als 'arbeidszekerheid' gesproken.

11 Zie bijv. L. Rodgers, 'Labour Law and Employment Policy in the EU: Conflict or Consensus?' *International Journal of Comparative Labour Law* vol. 27 (2011) 4 p. 393.

12 Ibid. Zie ook B.P. ter Haar, 'Open Method of Coordination: A New Stepping Stone in the Legal Order of International and European Relations', *Nordic Journal of International Law* 2008, vol. 77, nr. 3, p. 235-251.

13 Overweging 6 van de Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

Flexicurity is dus door Europese beleidsmakers omarmd als het leidend principe voor het werkgelegenheidsbeleid en het arbeidsrecht. De Europese Commissie noemt flexicurity ook expliciet als de grondslag voor de 'modernisering' van het nationale arbeidsrecht, wat blijkt uit het Groenboek over het arbeidsrecht uit 2006.¹⁴ Hierin wordt alle actoren gevraagd om na te denken hoe de wet zo gewijzigd kan worden of de cao's zo opgesteld dat de regeling van de arbeidsovereenkomst meer flexibiliteit biedt ten aanzien van aanstelling van het personeel, maar tegelijkertijd ook een adequate mate van 'employment security'¹⁵ en sociale bescherming.

De algemene strekking van flexicurity-beleid is dat overheden flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt steeds *tegelijk* in aanmerking nemen en dat zij zoeken naar manieren om de twee te combineren. Flexibiliteit en zekerheid kunnen echter verschillende betekenissen hebben.¹⁶ Een breed scala aan onderwerpen en beleidsrichtingen kan dus onder flexicurity geschaard worden. Daarmee is flexicurity als concept tot op zeker hoogte een vrij open – of zelfs een vage – term. Hoewel het kiezen van een vage term als leidend principe ook nadelen kent,¹⁷ is het aannemelijk dat de Europese Commissie hier bewust voor heeft gekozen. Een brede en enigszins vage definitie is immers nodig om op dit niveau richting te kunnen geven aan de ontwikkelingen in de lidstaten met al hun onderlinge verschillen. Deze aanpak past daarnaast binnen de eerder genoemde Open Methode van Coördinatie die momenteel de dominante werkwijze is in het sociale beleid van de EU, omdat met het gebruik van een enigszins vage term de lidstaten toch een grote mate van vrijheid blijven houden.¹⁸ De Commissie heeft echter in 2007 een aantal 'fundamentele pijlers' – of componenten – van flexicurity geformuleerd:¹⁹

- Flexibele en voldoende zekerheid biedende contractuele regelingen (uit het oogpunt van de werkgever en de werknemer, van 'insiders' en 'outsiders') op basis van moderne arbeidswetgeving, cao's en arbeidsorganisatie;
- Integrale strategieën voor een leven lang leren (LLL) die moeten waarborgen dat werknemers, met name de meest kwetsbare, continu aanpasbaar en inzetbaar zijn;
- Een doeltreffend actief arbeidsmarktbeleid dat mensen helpt om te gaan met snelle veranderingen, de perioden van werkloosheid kort houdt en de overgang naar een nieuwe baan vergemakkelijkt;
- Moderne socialezekerheidsstelsels die toereikende inkomenssteun bieden, tot werken aanmoedigen en de mobiliteit op de arbeidsmarkt vergemakkelijken. Dit omvat een breed scala aan voorzieningen op het gebied van de sociale

14 EC Groenboek, *De modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21e eeuw*, COM (2006) 708 def.

15 Zie vraag 4 in het Groenboek. 'Employment security' wordt in de officiële vertaling van het Groenboek vertaald als 'arbeidszekerheid'.

16 T. Wilthagen, F. Tros en H. van Lieshout, 'Towards 'flexicurity'?: balancing flexibility and security in EU member states', *European Journal of Social Security* 2004, vol. 6, nr. 2, p. 113-136.

17 Zie voor kritiek op flexicurity hieronder.

18 B.P. ter Haar, 'Open Method of Coordination: A New Stepping Stone in the Legal Order of International and European Relations', *Nordic Journal of International Law* 2008, vol. 77, nr. 3, p. 235-251.

19 Mededeling EC, *Towards Common Principles of Flexicurity*, COM (2007) 359 def., p. 5-6.

bescherming (werkloosheidsuitkeringen, pensioenen en gezondheidszorg) die de mensen helpen werk en privé- en gezinstaken, zoals de zorg voor kinderen, te combineren.

Een combinatie van deze maatregelen zou moeten leiden tot een hogere arbeidsmarktparticipatie, het terugdringen van structurele werkloosheid en bevorderen van arbeidskwaliteit.²⁰

Ook in tijden van economische neergang blijft de Commissie het belang van flexicurity benadrukken.²¹ Flexicurity is ook één van de sleutelbegrippen in de opvolger van de Lissabonstrategie, 'Europa 2020'. Hierin worden de lidstaten opgeroepen zich te richten op 'inclusieve groei' door de flexicurity-beginselen toe te passen, om zo de mensen in staat te stellen nieuwe vaardigheden te verwerven zodat zij voorbereid zijn op 'nieuwe omstandigheden' en eventuele loopbaanveranderingen.²² Flexicurity was tot slot terug te vinden in de (zogeneten) 'Pact voor de Euro' en later de 'Euro Plus Pact', een pakket maatregelen ter bestrijding van de staatsschuldcrisis, overeengekomen bij een informele bijeenkomst van de staatshoofden en regeringsleiders van de eurozone.²³ Hoewel het niet vanzelfsprekend is om flexicurity te promoten in tijden van de wereldwijde financiële en economische crisis zoals we die kennen sinds eind 2008, toch blijft de Commissie vasthouden aan het uitgangspunt van flexibiliteit in combinatie met zekerheid op de arbeidsmarkt.²⁴

Naar aanleiding van de financiële crisis heeft de Commissie echter eind 2010 een aantal nuanceringen aangebracht in de vier componenten van flexicurity.²⁵ Hoewel de aanbevelingen nog erg algemeen zijn is het duidelijk dat de flexibiliteit niet zo zeer gezocht wordt in gemakkelijk ontslag; de Commissie lijkt de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd als een nastrevenswaardig doel te hebben aanvaard. Om aan flexibiliteitsvereisten te voldoen zouden deze contracten wel 'een voldoende lange proefperiode en een geleidelijke opbouw van de arbeidsbescherming en andere rechten' moeten kennen.²⁶ Daarnaast probeert de Commissie zeker meer nadruk te leggen op de *interne* flexibiliteit in tijden van economische achteruitgang.²⁷ Ook het werkgelegenheidsrichtsnoer nummer 7 schrijft voor dat samen met de sociale partners 'de nodige aandacht aan de interne flexicurity op de werkplek' moet worden

20 Richtsnoer 7, bijlage bij Besluit 2010/707/EU.

21 EC, *Employment in Europe 2009*, p. 41. Zie ook 'Flexicurity in times of crisis', conclusies van de Raad van Ministers van Sociale zaken en werkgelegenheid (nr. 10388/09), aangenomen op 8/9 juni 2009.

22 Mededeling EC, *Europa 2020, Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei*, COM (2010) 2020 def., p. 20-21.

23 De Nederlandse tekst is te vinden op: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/nl/ec/119829.pdf. (Laatst geraadpleegd op 24 mei 2011.)

24 Mededeling EC, *Towards a job-rich recovery*, COM (2012) 173 final.

25 Mededeling EC, *Een agenda voor nieuwe vaardigheden en banen: een Europese bijdrage aan volledige werkgelegenheid*, COM (2010) 682 def., 23 november 2010.

26 COM (2010) 682 def., p. 5-6.

27 Hier stelt de Commissie echter ook dat 'hoe belangrijk interne flexibiliteit ook is, externe flexibiliteit blijft essentieel bij noodzakelijke structurele aanpassingen, om een effectieve herverdeling van middelen mogelijk te maken'. COM (2010) 682 def., p. 6.

besteed.²⁸ De Commissie heeft bovendien benadrukt dat vooral in tijden van werkloosheid de maatregelen ter bevordering van het arbeidsaanbod niet volstaan en dat ze moeten worden aangevuld met maatregelen die gericht zijn op het aanmoedigen van de vraag naar arbeid.²⁹

2.2.2 Flexicurity: de rechtvaardiging

De Europese Commissie beschrijft flexicurity als een geïntegreerde strategie om tegelijk de flexibiliteit en de zekerheid op de arbeidsmarkt te versterken. Binnen deze strategie wordt uitgegaan van de veronderstelling dat waar het flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt betreft geen uitruil hoeft plaats te vinden, maar dat we een dynamische arbeidsmarkt kunnen hebben zonder dat dat ten koste hoeft te gaan van de zekerheden van werknemers. Daarnaast dient men met meer flexibiliteit niet alleen de belangen van bedrijven, maar komt men ook aan de groeiende behoeften van de werknemers tegemoet. Flexicurity poogt dus flexibiliteit en zekerheid te combineren en streeft naar win-win arrangementen waarbij flexibiliteit en zekerheid elkaar aanvullen.

Als oorzaak voor het voorgestelde flexicurity-beleid noemt de Europese Commissie de veranderingen in de 'wereld van het werk'. Volgens de Commissie zijn er vier hoofdredenen waarom de manier van het leven en werken in Europa snel aan het veranderen is. Dat zijn:³⁰

- de Europese en internationale economische integratie met als gevolg verscherpte concurrentie;
- snelle technologische vooruitgang, met name op informatie- en communicatiegebied;
- de vergrijzing van de Europese samenlevingen, in combinatie met de nog steeds relatief lage gemiddelde arbeidsparticipatie en de hoge langdurige werkloosheid, met als gevolg krapte op de arbeidsmarkt, en
- de ontwikkeling van gesegmenteerde arbeidsmarkten in veel landen waar zowel relatief beschermde als minder of onbeschermde werknemers naast elkaar bestaan.³¹

Van de genoemde veranderingen staat vooral de segmentatie op de arbeidsmarkt hoog op de Europese agenda. Door aanpassingen in het arbeidsrecht is in diverse lidstaten meer ruimte geschapen voor uitzendwerk en tijdelijk werk. Dit heeft geleid tot steeds meer uiteenlopende contractvormen op grond waarvan arbeid wordt verricht. Afhankelijk van de definities verschillen de cijfers aanzienlijk; in 2005 rapporteerde de Europese Commissie dat 40% van de Europese beroepsbevolking

28 Bijlage bij Besluit 2010/707/EU.

29 COM (2010) 682 def., p. 3.

30 Mededeling EC, *Towards common principles of flexicurity*, COM (2007) 359 fin, p. 3. Vergelijkbaar WRR, *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam 2007, vol. 77, p. 9 ('Urgentie van werkzekerheid').

31 Deze groepen worden ook respectievelijk insiders en outsiders genoemd.

een andere arbeidsovereenkomst dan het 'standaardcontract' had.³² Deze toenemende verscheidenheid aan dienstverbanden kan negatieve consequenties hebben, waaronder banen met onvoldoende sociale bescherming en een tweedeling op de arbeidsmarkt. Frequent noemt de Commissie de arbeidsmarktsegmentering als de belangrijkste reden voor de noodzaak voor hervorming.³³

Dat de bovenstaande ontwikkelingen inderdaad problemen zijn waar Europa zich voor gesteld ziet, is een constatering die breed gedragen wordt. Meer controverse bestaat echter over hoe de Europese Commissie die problemen tracht op te lossen. In dat verband is het gekozen flexicurity-model ook een tamelijk controversieel onderwerp onder de academici. Dit zou op het eerste gezicht verwonderlijk genoemd kunnen worden, aangezien de Commissie flexicurity dusdanig beschrijft dat een zeer open begrip wordt geschetst. De Commissie beweert bovendien naar win-win oplossingen te streven waarin flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt elkaar kunnen versterken. Flexicurity is zelf dus een flexibel concept waaronder verschillende arbeidsmarktmodellen kunnen passen.³⁴

Waarom is flexicurity dan toch controversieel? Flexicurity is bedoeld een 'verzoeningsmodel' te zijn.³⁵ Het verzoenen van de economische en de sociale doelstellingen van de EU is een wens die al een lange tijd het Europese beleid heeft gedomineerd.³⁶ De EU is begonnen als een economisch project waarin sociaal beleid niet of nauwelijks op de agenda stond, maar deze koers is al enige decennia geleden bijgesteld.³⁷ In de jaren 70 zijn al een aantal Richtlijnen op het gebied van arbeidsrecht aangenomen³⁸ en met het Verdrag van Amsterdam in 1997 is er meer ontwikkeling gekomen op het gebied van werkgelegenheidsbeleid op EU-niveau. Naast de economische integratie en de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt, heeft de EU nu ook doelstellingen op het sociale gebied, zoals verbetering van levensomstandigheden en arbeidsvoorwaarden.

Flexicurity weerspiegelt dit streven om tegelijkertijd aan sociale en economische doelen te willen voldoen. De kritiek die flexicurity ontvangt, hangt voor een groot deel samen met hoe men de EU-politiek in het algemeen beziet. Het sociale en het

32 EU Labour Force Survey, Brussels: ESTAT 2005.

33 Zie bijv. het Groenboek, *De modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21e eeuw*, COM (2006) 708 def.

34 M. de Vos, 'Perspectief op oorsprong, realiteit en duurzaamheid van flexizekerheid' in *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber amicorum Prof. Dr. Othmar Vanachter*, Instituut voor Arbeidsrecht, Antwerpen: Intersentia, 2009, p. 738.

35 Ibid.

36 F.H.R. Hendrickx, 'Regulating Flexicurity and Responsive Labour Law', in F.H.R. Hendrickx (red.), *Flexicurity and the Lisbon Agenda. A Cross-Disciplinary Reflection*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 123-161.

37 Voor een volledige beschrijving van de bijstellingen zie bijv. J. Kenner, *EU Employment Law: From Rome to Amsterdam and Beyond*, Oxford: Hart Publishing 2003.

38 Zie bijv. Richtlijn 75/129/EEG van de Raad van 17 februari 1975 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake collectief ontslag en Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen.

werkgelegenheidsbeleid is in de fase van de Lissabon Strategie ingekaderd in het bredere economische beleid, waardoor de sociale en de economische doelen nog meer met elkaar zijn verweven.³⁹ Deze integratie van economische en sociale doelen pleegt op twee manieren uitgelegd te worden: het is ofwel een terugkeer naar de 'logica van de markt' waarbij de sociale doelen altijd het onderspit delven wanneer ze de werking van de markt tegengaan, of het is juist een vorming van een 'agenda' voor werkgelegenheids- en sociaal beleid waarmee ze *min of meer* op gelijke voet geplaatst worden met de economische doelen.⁴⁰

Een breed gedragen opvatting is dat de sociale doelen die de EU zich stelt steeds in het kader van de economische doelen moeten worden gezien. Hoewel de sociale doelen geleidelijk aan in gewicht zijn toegenomen, hebben de economische doelstellingen altijd prioriteit genoten.⁴¹ De Europese agenda wordt door de meesten uitgelegd als (nog steeds) gekanteld richting de economische doelen. Men schaaft om die reden het flexicurity-model snel ook onder de neoliberale ideologie die geacht wordt het Europese beleid te domineren, ook al wordt flexicurity gepresenteerd als het concept dat zowel de economische en de sociale doelen verenigt.⁴² Net als de economische doelen in Europa voorgaan op de sociale, zo gaat flexibiliteit in flexicurity voor op zekerheid. Flexicurity wil immers een flexibele markt. Daarmee wordt meestal een vrije markt bedoeld, althans een markt waar de creatie en de afbouw van banen zo veel mogelijk vrij spel heeft. Volgens de neoliberale ideologie komt dan een optimale allocatie van arbeidskrachten in zicht, wat de productiviteit en het algemeen welzijn verhoogt.⁴³ Een 'goed functionerende arbeidsmarkt' wordt dus in feite gelijkgesteld met een flexibele arbeidsmarkt. Deregulering van de arbeidsmarkt is wellicht niet het officiële doel van de Europese Commissie, maar de voorstellen van de Commissie en de Europese Richtsnoeren in het bijzonder kunnen op zijn minst worden opgevat als *signalen* van een dereguleringspolitiek, zo menen veel academici.⁴⁴

Daarnaast zoekt flexicurity de zekerheid voor een groot deel in het aanpassingsvermogen van mensen. Een flexibele markt kan immers veranderingen met zich brengen; het is wenselijk als mensen zich aan die veranderingen kunnen aanpassen.

39 Zie de Economic Policy Guidelines.

40 S. Bekker en T. Wilthagen, 'Flexicurity – a European approach to labour market policy', *Inter-economics: Review of European economic policy* 2008 vol. 43 nr. 2, p. 69. Zie ook J. Goetschy, 'The implications of the Lisbon Strategy for the Future of Social Europe: "On the Road" or "New Age"?' *International Journal of Comparative Labour Law* 2007 vol. 23 nr. 4, p. 499-523.

41 Zie bijv. G.J.J. Heerma van Voss en A.J.C.M. Geers, *Inleiding Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 2; C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford University Press 2006, p. 7-10.

42 Zie bijv. Collins in zijn reactie op de EC Groenboek 2006 en flexicurity-concept: H. Collins, 'European Social Policy and Contract law' *European Review of Contract Law* 2007 vol. 3, nr. 1, p. 79.

43 C. Ramaux, 'Flexicurity : quels enjeux théoriques ?', *Economie et institutions* 2006, nr. 9, p. 14. Zie ook de OECD employment outlook 2010: moving beyond the jobs crisis, p. 167-210; A. Vandenberghe, 'Ontslagregels: een rechtseconomische analyse', in D. Scheele, J.J.M. Theeuwes en G.J.M. de Vries (red.), *Arbeidsflexibiliteit en ontslagrecht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 252.

44 Zie bijv. D. Ashiagbor, *The European Employment Strategy*: Oxford University Press 2005, p. 394. H. Collins, 'European Social Policy and Contract law' *European Review of Contract Law* 2007 vol. 3, nr. 1, p. 87.

Daarom is het goed als er blijvend geïnvesteerd wordt in de inzetbaarheid (ofwel employability) van werknemers op de arbeidsmarkt. Ook moeten zij geholpen worden om transities te maken van de ene naar de andere baan.⁴⁵ Een veelgehoorde kritiek komt dan ook neer op een interpretatie van flexicurity als zijnde 'gemaskerde flexibiliteit'. Zo heeft Schmid – de grondlegger van de leer van de 'transitionele arbeidsmarkten' – de huidige EU werkgelegenheidsstrategie gekarakteriseerd als beleid gericht op het aanpassen van de werknemers aan de arbeidsmarkt (making workers fit for the market), terwijl dat beleid volgens hem aangevuld moet worden met een strategie gericht op de opbouw van 'actieve zekerheden', zodat de arbeidsmarkt ook aangepast wordt aan de behoeften van werknemers (making the market fit for workers).⁴⁶ De Belgische hoogleraar Rigaux bestempelt flexicurity en employability zelfs als gevaarlijke noties, omdat ze volgens hem arbeidsverhoudingen individualiseren en alle verantwoordelijkheid met betrekking tot het vinden van een arbeidsbetrekking bij het individu plaatsen.⁴⁷ Andere critici gaan verder en stellen dat flexicurity mensen reduceert tot arbeidskrachten alleen. 'Banen kunnen komen en kunnen verdwijnen, ze zijn losgekoppeld van mensen.'⁴⁸ De boodschap is dat mensen er het beste aan doen om zich zo goed mogelijk aan te passen aan de veranderingen op de arbeidsmarkt. De enige rol van de instituties – zoals het arbeidsrecht – is erin gelegen om mensen te helpen bij die aanpassingen. Daarmee wordt arbeid slechts als een mobiel productiefactor voorgesteld dat moet worden aangewend wanneer en waar de markt dat bepaalt.⁴⁹

De kritiek op flexicurity komt niet alleen uit academische of vakbondskringen. Hoewel het Europese Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité (EESC) flexicurity als principe aanvaarden, hebben zij verschillende malen getracht dit beleid op onderdelen bij te stellen. Dit geldt met name voor het adagium dat werkzekerheid baan zekerheid zou moeten vervangen. Zo heeft het Europees Parlement een resolutie aangenomen waarin het zich uitspreekt voor 'a more balanced and fair implementation of flexicurity principles'.⁵⁰ Het EESC heeft juist altijd de voordelen van interne flexibiliteit benadrukt en vindt dat de Commissie dit ook meer zou moeten doen. Volgens dit Comité zouden grotere ondernemingen flexibiliteit niet via een flexibele schil buiten de onderneming moeten organiseren, maar door vast personeel binnen de onderneming flexibel inzetbaar te maken.⁵¹ Flexicurity kan

45 De elementen van werkzekerheid worden verderop in dit hoofdstuk uitgebreider beschreven.

46 G. Schmid, *Full employment in Europe. Managing labour market transitions and risks*, Edward Elgard, 2008, p. 324-325. Zie ook W. Vandeputte, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt. Naar een modernisering van het Belgische ontslagrecht*, diss. K.U. Leuven, eigen uitgave, 2012, p. 410-411 (sub. 687).

47 M. Rigaux, *Labour Law or Social Competition Law? On labour in its relation with capital through law*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 8.

48 J. Blommaert, 'De puinhopen van rechts', een opiniërend stuk van 18 juli 2011 op <http://www.dewereldmorgen.be/artikels/2011/07/18/de-puinhopen-van-rechts> (laatst bekeken op 11 augustus 2011).

49 M. Bell, 'Between flexicurity and fundamental social rights: the EU Directives on atypical work' *European Law Review* 2012, vol. 37, nr. 1, p. 35.

50 EP-resolutie van 6 juli 2010, 2009/2220(INI).

51 Advies van het EESC over anticrisismaatregelen van de EU en industriële reconversie: meer preciaire of duurzame werkgelegenheid? (initiatiefadvies), PB C 318 van 29 oktober 2011, p. 43-49.

volgens het Comité een oplossing zijn voor de behoefte van ondernemingen aan flexibele arbeid, 'maar alleen wanneer is voldaan aan de voorwaarde dat de daaraan gekoppelde zekerheid van een vergelijkbaar niveau is als de zekerheid die een vaste baan biedt'.⁵²

Er is echter niet alleen kritiek op flexicurity. Sommige auteurs wijzen erop dat een andere verklaring voor het presenteren van de combinatie van flexibiliteit en zekerheid als de belangrijkste doelstelling in het arbeidsmarktbeleid gezocht moet worden in het toenemende bewustzijn over het positieve verband tussen het concurrentievermogen aan de ene kant en de sociale vooruitgang aan de andere.⁵³ In de wereldwijde competitie kunnen Europese bedrijven niet concurreren op basis van kosten alleen; wat wel haalbaar is, is innovatie en het produceren van hoogwaardig kwalitatieve producten. Hiervoor zijn goed opgeleide en gemotiveerde werknemers nodig. Daarom tracht de EC de lidstaten aan te sporen om op deze combinatie van concurrentie en sociale vooruitgang in te zetten. In deze visie is sociale vooruitgang dus een doel op zich en niet slechts ondergeschikt aan economische motieven. Meerdere malen is dan ook betoogd dat flexicurity valt in de zogenoemde 'third way' groep van beleidsstrategieën.⁵⁴ Vanwege de voortdurende aandacht voor 'zekerheid op de arbeidsmarkt', ook al is het een ander soort zekerheid dan wat men voorheen aan kon treffen, en vanwege de relatief grote rol voor de overheid past flexicurity als beleidsstrategie goed binnen deze 'derde weg', wat gezien kan worden als een middenweg tussen het kapitalisme en het socialisme.⁵⁵

Uiteraard wordt er ook ander sociaaleconomisch beleid aangedragen dan flexicurity alleen. De Britse econoom Standing stelt bijvoorbeeld voor dat de overheid zich voornamelijk richt op de kwetsbare groep mensen die ontstaat als gevolg van de veranderingen die globalisering met zich brengt.⁵⁶ Dit is een groep mensen die langdurig is aangewezen op tijdelijke en slecht betaalde banen, waardoor ook weinig socialezekerheidsrechten opgebouwd worden waar men op terug kan vallen. Volgens Standing bevinden zich in deze groep bovenproportioneel veel jongeren en immigranten.⁵⁷ Hij stelt voor om in plaats van werkzekerheid inkomenszekerheid te bevorderen door alle burgers een *basisinkomen* te geven en noemt dit 'the economic

52 Ibid. Zie ook EESC-advies over flexicurity (CCMI 066).

53 L. Burroni en M. Keune. 'Flexicurity: A conceptual critique', *European Journal of Industrial Relations* 2011 vol. 77, nr. 1, p. 77.

54 Vlg. D. Ashiagbor, *The European Employment Strategy*: Oxford University Press 2005, p. 281.

55 Zie ook M. Keune, 'Between Innovation and Ambiguity' in F.H.R. Hendrickx (red.), *Flexicurity and the Lisbon Agenda. A Cross-Disciplinary Reflection*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 51; C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014, p. 90.

56 G. Standing, 'Responding to the crisis: Economic stabilisation grants', *Policy & Politics*, 2011vol. 39, nr.1, p. 10.

57 Volgens hem ontstaat zo 'a new dangerous class', want mensen die in chronische onzekerheid verkeren, kunnen gemakkelijker ten prooi vallen aan *extremistische* politieke bewegingen wanneer ze geen alternatief wordt geboden. Zie: <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2011/jun/01/voice-for-emerging-precariat?INTCMP=SRCH> (laatst geraadpleegd op 15 juli 2011).

stabilisation grant'.⁵⁸ De kern van zijn idee is om in plaats van te investeren in een activerend arbeidsmarktbeleid alle mensen een basisinkomen te geven, waardoor niemand in een kwetsbare positie zou verkeren.

Dit voorbeeld zou echter een radicale ommezwaai in de EU-politiek betekenen. De EU stelt zich weliswaar ook sociale doelen naast de economische, zoals het bestrijden van de (structurele) werkloosheid, maar zij kiest er al een lange tijd voor om dit anders aan te pakken. Reeds in de jaren '90 toen het relatief goed ging met de economie waren er miljoenen werklozen in de hele EU. Uit een Witboek uit 1993 blijkt dat Europese Commissie de voornaamste verklaring voor deze structurele werkloosheid zocht in de 'inflexibiliteit van de Europese arbeidsmarkt'.⁵⁹ Daar wordt het arbeidsrecht expliciet genoemd als een van de oorzaken van die inflexibiliteit. Als gevolg hiervan geeft de Commissie reeds in 1993 prioriteit aan het 'vergroten van de externe en de interne flexibiliteit op de arbeidsmarkt'.⁶⁰ De Commissie raadde toen de noordelijke lidstaten aan om hun werkloosheidsuitkeringen te verlagen, terwijl de zuidelijke lidstaten werd aangeraden om hun ontslagregels te versoepelen.⁶¹ In 1997 overweegt de Commissie het volgende.⁶²

'There is a need for a radical rethink of all relevant labour market systems – employment protection, working time, social protection and health and safety – to adapt them to a world of work which will be organised differently, in which the concept of security for workers has to be reformulated, focusing more on security based on employability in the labour market rather than security in a specific job.'

De Commissie heeft voor alle lidstaten één oplossing gehad voor het werkloosheidsprobleem: de flexibiliteit op de arbeidsmarkt vergroten en dit combineren met een activeringsbeleid en investeringen in employability om zo de arbeidsparticipatie te verhogen. De klemtoon ligt tegenwoordig nog steeds duidelijk op de aanbodzijde van de arbeidsmarkt en de belemmeringen die (de creatie van) werkgelegenheid in de weg kunnen staan.⁶³ Het geloof is dat een dergelijk (activerend) arbeidsmarktbeleid

58 G. Standing, 'Responding to the crisis: Economic stabilisation grants', *Policy & Politics*, vol. 39, nr.1, 2011, p. 18. De argumenten tegen dit voorstel (betreffende de betaalbaarheid van het voorstel, de effecten ervan zoals afhankelijkheid van de staat en non-participatie, de inflatie, mogelijk radicalisme en politieke opportuniteit) behandelt de auteur kort op p. 18-20.

59 'More specifically, the inflexibility of the labour market, which is responsible for a large part of Europe's structural unemployment, can be traced back to specific institutional, legal and contractual circumstances in each country.' Witboek, *Growth, Competitiveness, Employment: The Challenges and Ways Forward into the 21st Century*, 1993 p. 16.

60 EC Witboek, *Growth, Competitiveness, Employment: The Challenges and Ways Forward into the 21st Century*, 1993 p. 17.

61 Witboek, *Growth, Competitiveness, Employment: The Challenges and Ways Forward into the 21st Century*, 1993 p. 17.

62 EC, *Employment in Europe 1997*, COM (97) 479 fin., p. 20. Zie ook D. Ashiagbor, 'Flexibility and Adaptability in the EU Employment Strategy', in: H. Collins, P. Davies en R. Rideout, *Legal Regulation of the Employment Relation*, London/The Hague: Kluwer Law International 2000, p. 392.

63 D. Trubek en Mosher, J.S., 'New governance, employment policy, and the European social model', Jean Monnet Working Paper No.6/01, 2001, p. 14.

niet alleen de economische groei zal vergroten en de werkloosheid zal doen dalen, maar ook de sociale inclusie zal ondersteunen. Dit is voor de EU de manier om de economische en sociale doelen te verenigen. Er zijn geen aanwijzingen dat de EU (op korte termijn) van koers zal veranderen.

2.3 Nationaal beleid

2.3.1 Overheidsbeleid

Ook op nationaal niveau en dan vooral in de 'oude' lidstaten is al sinds de jaren tachtig een discussie gaande over de modernisering van de arbeidsmarkt en het arbeidsrecht. Door deze discussie loopt dezelfde rode draad als door het Europese beleid en dat is flexibilisering. Ook in Nederland is de flexibilisering van de arbeidsmarkt het belangrijkste arbeidsmarktvraagstuk. Het Nederlandse ontslagrecht vormt aantoonbaar de kern van die discussie zowel in de academische als in de politieke arena. In de afgelopen decennia zijn er verschillende voorstellen naar voren gebracht om het ontslagrecht te hervormen.⁶⁴ De laatste jaren hebben die voorstellen vaak werkzekerheid als component. Een goed voorbeeld is het vrij recente initiatiefwetsvoorstel van D66.⁶⁵ Het Nederlandse ontslagrecht vormt volgens de initiatiefneemster een probleem onder andere omdat het zich niet 'concentreert' op werkzekerheid.⁶⁶ Werkzekerheid wordt hier omschreven als 'de bescherming tegen werkloosheid'. Het wetsvoorstel moet daar verandering in brengen door bij de begroting van de schadevergoeding de rechter mee te laten wegen de mate waarin de werkgever heeft bijgedragen aan de werkzekerheid van de werknemer in of buiten het bedrijf van de werkgever.⁶⁷

Werkzekerheid kan echter niet een nieuwe notie genoemd worden; de term verschijnt al enige tijd in allerlei voorstellen om de werking van de arbeidsmarkt efficiënter te maken. Werkzekerheid wordt dus niet alleen op EU-niveau, maar ook binnen de nationale context door beleidsmakers gezien als de belangrijkste zekerheid, één die zich het beste laat combineren met flexibiliteit. Ook de verschuiving van baanzekerheid naar werkzekerheid kan in het nationale beleid niet als nieuw bestempeld worden. In de nota 'Werken aan zekerheid' uit 1996 schrijft de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Melkert dat in het arbeidsbestel van de toekomst de werknemer zijn inkomenszekerheid niet alleen moet ontleenen aan baanzekerheid, maar vooral ook aan werkzekerheid.⁶⁸

64 R.A.A. Duk, "Het einde van de discussie over het ontslagrecht?", *SMA* 2007, p. 43-44.

65 *Kamerstukken II* 2011-2012, 33075 nr. 2.

66 *Kamerstukken II* 2011-2012, 33075 nr. 3, p. 7.

67 *Kamerstukken II* 2011-2012, 33075 nr. 3, p. 14. Bij de manieren waarop de werkgever dat kan doen worden genoemd: 'scholing, training, loopbaanbegeleiding gedurende de periode van het dienstverband, inspelend op de voor de werkgever voorzienbare ontwikkelingen van de werkzaamheden van de werknemer'.

68 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 010, nr. 1-2, p. 10.

De overheid is echter slechts gedeeltelijk succesvol geweest in het omzetten van dit 'motto' in concrete beleidsinitiatieven. Meer dan tien jaar later schrijft de Nederlandse regering in het Nationaal Hervormingsprogramma van 2008-2010 nog steeds dat de overgang van baanzekerheid naar werkzekerheid een van haar speerpunten is.⁶⁹ Wat deze overgang precies zou moeten inhouden is echter onduidelijk; in het programma staat dat het Kabinet er nog 'handen en voeten' aan moet geven.⁷⁰ Het blijkt niet eenvoudig om werkzekerheid te concretiseren en te realiseren via één model.

Verschillende raden en commissies hebben een poging gedaan om werkzekerheid verder uit te werken. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) presenteerde in 2007 een rapport genaamd 'Investeren in werkzekerheid'.⁷¹ De werkzekerheidsvoorstellen van de Raad vertonen grote overeenkomsten met de voorstellen van de Europese Commissie in het kader van flexicurity. Beiden plaatsen arbeidsmarktflexibiliteit centraal en stellen vast dat de 'zekerheidskant' anders moet worden ingericht met werkzekerheid als einddoel. Net als de Europese Commissie benadrukt ook de Raad daarbij vooral het belang van employability, actief arbeidsmarktbeleid en de betrokkenheid van alle actoren, waaronder de sociale partners. In de voorstellen van de Raad vinden we echter werkzekerheid in een opzicht wel concreter uitgewerkt, namelijk in de invoering van een 'zoekperiode' die de werkgever in acht moet nemen wanneer hij het dienstverband wil beëindigen. Hier beveelt de Raad aan om de loondoorbetaling gedurende de opzegtermijn en de ontslagvergoeding, met het oog op werkzekerheid, te laten opgaan in één regeling ter financiering van de loondoorbetaling in een afgebakende zoekperiode. In deze periode moet de werknemer ook actief worden geholpen om een nieuwe baan te vinden. Daarmee laat de Raad de werkgevers voor ten minste een deel de (financiële) verantwoordelijkheid dragen voor het risico dat de werknemer geen of niet snel een nieuwe baan kan vinden.

De aanbevelingen van de Raad zijn toentertijd vrijwel direct overgenomen in het coalitieakkoord tussen de toenmalige regeringsfracties, maar weinig concrete stappen zijn in die tijd ondernomen om de aanbevelingen uit te werken.⁷² Medio 2007 maakte het kabinet in een adviesaanvraag aan de Stichting van de Arbeid wel het voornemen kenbaar om in het arbeidsovereenkomstenrecht de verplichting op te nemen voor de werkgever om de werknemer te scholen en de verplichting voor de werknemer om zich te laten scholen. De bedoeling van deze verplichting zou zijn om 'de inzetbaarheid van werknemers te vergroten en op die manier mede invulling te geven aan het bevorderen van werkzekerheid bij een in een globaliserende wereld

69 Bijlage bij *Kamerstuk II* 2008-2009, 21501-20, nr. 398, p. 9, 10. Ook in het concept Nationaal Hervormingsprogramma 2010 wordt bij het arbeidsmarktbeleid werkzekerheid genoemd, maar hier neemt het een aanzienlijk minder belangrijke rol in, zie bijlage bij *Kamerstukken II* 2010-2011, 21501-20 nr. 493, p. 9.

70 Ibid. In dit document wordt nog wel opgemerkt dat 'er geen oude zekerheden uit beeld verdwijnen voordat nieuwe zekerheden zijn gecreëerd'.

71 WRR, *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, vol. 77.

72 Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamerfracties van CDA, PvdA en ChristenUnie, 7 februari 2007, p. 23 t/m 26.

afnemende baan zekerheid'.⁷³ Hier werd ook een koppeling gemaakt met de ontslagvergoeding: scholingsinvesteringen zouden tot een bedrag gelijk aan een kwart maandsalaris per dienstjaar in mindering kunnen worden gebracht op de eventuele ontslagvergoeding, waarvoor ook een wettelijke normering werd beoogd.⁷⁴ In dezelfde brief werd echter het voornemen kenbaar gemaakt om het ontslagrecht (aanzienlijk) te versoepelen.⁷⁵ Dit voornemen werd echter sterk bekritiseerd door onder andere de sociale partners en het leidde bijna tot een kabinetscrisis.⁷⁶ Het is om die reden niet uitgevoerd.

De toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Donner heeft wel een commissie ingesteld die moest adviseren over maatregelen die nodig zijn ter verhoging van de arbeidsparticipatie. In 2008 verscheen een rapport van de Commissie Arbeidsparticipatie (ook wel Commissie Bakker genoemd).⁷⁷ Ook hier staat werkzekerheid centraal. De Commissie wil werkzekerheid op drie manieren bevorderen: 1) door alle werknemers een werkbudget te geven om hun inzetbaarheid op peil te houden, 2) door de werkloosheidsuitkering (WW) om te vormen tot een 'werkverzekering' die werkgevers en werknemers stimuleert om werkloosheid te voorkomen en 3) door de verantwoordelijkheid en het financiële risico voor de re-integratie van mensen die moeilijk aan het werk komen bij één partij (op gemeentelijk niveau) te beleggen. Ook deze aanbevelingen hebben echter niet geleid tot concrete maatregelen. Het WRR-rapport en het rapport van de Commissie Bakker zijn wel tot op heden de twee meest aangehaalde werken over werkzekerheid in Nederland.

Het volgende kabinet⁷⁸ had zich op sociaaleconomisch gebied als voornaamste doel gesteld om (met de steun van de sociale partners) de AOW-leeftijd te verhogen. In dit kader zijn wel afspraken gemaakt over maatregelen die genomen moeten worden om mensen ook daadwerkelijk in staat te stellen langer door te werken. Het zogenoemde *Vitaliteitspakket* was een uitvloeisel van die afspraken. Het doel van het Vitaliteitspakket was om het aanpassingsvermogen en de mobiliteit binnen de arbeidsmarkt te verbeteren. Zogenoemde 'mobiliteitsbonussen' voor werkgevers werden geïntroduceerd voor het aannemen van oudere uitkeringsgerechtigden en voor werknemers van 55 jaar en ouder. De regering stimuleerde verder de sociale partners om intersectorale scholing te faciliteren en is bereid dit financieel te ondersteunen. Ook werd de sociale partners gevraagd een 'Van-Werk-Naar-Werk budget' (individueel opeisbaar recht op middelen voor bijvoorbeeld scholing bij ontslag) te introduceren in

73 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2006-2007, 30108 nr. 5 (adviesaanvraag StvdA, kenmerk AV/IR/2007/23064), p. 6.

74 Ibid, p. 8-9.

75 Het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA 1945) en de daaruit voortvloeiende preventieve toets zou komen te vervallen, zie p. 7.

76 Zie bijv. NRC van 27 september 2007, 'PvdA dreigt Donner met kabinetscrisis'; C. van Zwol, 'Rapport Bakker kantelde Donners wereldbeeld', NRC van 3 juli 2008.

77 Advies Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt* (advies van 16 juni 2008), Rotterdam 2008.

78 Minderheidscoalitie tussen VVD en CDA, gedoogd door de PVV.

cao's. Volgens de regering wordt door het Vitaliteitspakket de focus verschoven van baanzekerheid naar werkzekerheid.⁷⁹ Concrete belangrijke gevolgen naar aanleiding van het Vitaliteitspakket zijn echter uitgebleven. Wat in die tijd wel tot ontwikkeling is gekomen is de grotere aandacht in het politieke debat voor arbeidsparticipatie (en werkzekerheid) van ouderen en daarmee voor goede arbeidsomstandigheden opdat de werknemers in goede gezondheid tot aan de (oplopende) pensioenleeftijd kunnen blijven werken.

Het volgende kabinet bestaande uit een coalitie van VVD en PvdA is erin geslaagd een sociaal akkoord met de sociale partners te sluiten in april 2013. In dit akkoord staan 'het bieden van *werkzekerheid* en het voorkomen van werkloosheid' centraal.⁸⁰ Op basis van dit akkoord is het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid eind november 2013 opgesteld.⁸¹ Belangrijkste plannen in dit akkoord en het wetsvoorstel betreffen onder andere het ontslagrecht en de positie van 'flexwerkers'. De preventieve toets in de ontslagprocedure blijft echter gehandhaafd, net zoals de twee 'ontslagroutes': de UWV-route en de kantonrechter-route. De werkgever kan echter niet meer kiezen welke route hij wil bewandelen; die is afhankelijk van de reden voor het ontslag.⁸² Ook de hoogte van de ontslagvergoeding wordt gereguleerd: bij dienstverbanden die in totaal twee jaar of langer duren moet de werkgever een *transitievergoeding* betalen van een derde maandsalaris per dienstjaar en een half maandsalaris vanaf het tiende dienstjaar, met een maximum van € 75.000 of een jaarsalaris als dat hoger is.⁸³ Daarmee wordt de ontslagvergoeding (aanzienlijk) verlaagd.⁸⁴ Wellicht om die reden wordt de versterking van de positie van flexwerkers aan de hervormingen van het ontslagrecht gekoppeld. Hun positie wordt met name versterkt, omdat de ketenregeling wordt aangescherpt⁸⁵ en omdat de transitievergoeding ook voor werknemers met een tijdelijk contract beschikbaar komt.⁸⁶ Het kabinet is van mening dat met het bovenstaande een 'nieuwe balans tussen flexibiliteit en zekerheid' is gevonden.

Verder wordt met het akkoord de wijziging van de Werkloosheidswet aangekondigd, waarbij de sociale partners meer regie wordt gegeven door hen verantwoordelijk te

79 *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 000 XV, nr. 8, p. 15.

80 *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 566, nr. 15, p. 1.

81 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818.

82 Bij cao kan een sectorcommissie worden opgericht die de ontslagen toetst in plaats van het UWV of de rechter. Als een cao voorziet in een dergelijke commissie, kan tevens kan bij cao worden afgeweken van het afspiegelingsbeginsel bij bedrijfseconomische ontslagen.

83 Voor 50-plussers komt een overgangsregime tot 2020: voor een 50-plusser met tien dienstjaren wordt de transitievergoeding gesteld op 1 maand per dienstjaar boven de 50. MKB-bedrijven met minder dan 25 werknemers worden hiervan uitgezonderd. Alle andere veranderingen in het ontslagrecht gaan pas per 1 januari 2016 gelden.

84 Ook voor de overgangsregeling voor 50-plussers geldt een maximum van 75.000 euro en een jaarsalaris bij een hoger inkomen dan 75.000 euro.

85 In het nieuwe model kan een keten van drie opeenvolgende contracten worden gesloten die samen, inclusief de periode tussen de contracten, maximaal twee jaar kunnen omvatten (dit was drie jaar). Een nieuwe keten begint te tellen als een contract aanvangt minimaal zes maanden na het eind van het voorgaande contract (dit was drie maanden). Ook de manieren waarop bij cao hiervan afgeweken kan worden, worden aan banden gelegd.

86 Daarnaast mogen *in de zorg* geen nulurencontracten meer worden gebruikt. Ook het gebruik van uitzendarbeid wordt aan banden gelegd.

maken voor het beleid ten aanzien van preventie, ondersteuning, bemiddeling en re-integratie. Werknemers gaan vanaf 2020 (weer) meebetalen aan de premies, terwijl het mogelijk wordt om op cao-niveau een aanvulling van 14 maanden WW te introduceren. De maximale publiek gefinancierde WW-duur wordt vanaf 2016 geleidelijk ingekort naar 24 maanden. Ook wordt vanaf 2016 de definitie van passende arbeid aangescherpt om de prikkel om weer te gaan werken te vergroten.⁸⁷

In het akkoord hebben het kabinet en de sociale partners zich ook gebogen over de arbeidsparticipatie van mensen met een arbeidsbeperking. Er worden regionale Werkbedrijven opgericht die met een 'commerciële inslag' worden geleid voor mensen die gedeeltelijk inzetbaar zijn, maar een grote mate van ondersteuning nodig hebben bij het werk. Voor hen wordt 'beschut werk' gecreëerd door Werkbedrijven. Mensen met een arbeidsbeperking komen in dienst van het Werkbedrijf en daarmee in dienst bij de gemeente.⁸⁸ Er wordt ook loonkostensubsidie beschikbaar gesteld ter grootte van het verschil tussen de loonwaarde en het wettelijk minimumloon. Werkgevers stellen zich garant voor het creëren van extra banen voor mensen met een beperking. Als er onvoldoende banen worden gerealiseerd treedt een quotum-regeling in werking.

2.3.2 *Beleid van de sociale partners*

De Europese beleidsmakers waren aanvankelijk erin geslaagd om in het beginstadium van de ontwikkeling van flexicurity de Europese sociale partners ertoe te bewegen om tot een – weliswaar 'fragiele' – consensus over dit onderwerp te komen.⁸⁹ Sinds de crisis zijn de Europese sociale partners echter erg verdeeld over dit onderwerp. De vakbonden staan (weer) sceptisch tegenover flexicurity en er lijkt weinig impuls te bestaan om het onderwerp weer op de agenda te plaatsen.⁹⁰

De Nederlandse sociale partners staan er internationaal om bekend akkoorden te sluiten waarin flexibiliteit én zekerheid leidend zijn.⁹¹ Zij noemen deze akkoorden echter niet uitdrukkelijk 'flexicurity'. Werkzekerheid daarentegen is een term die zowel de werkgeversorganisaties als de vakbonden hebben omarmd. De term wordt bijvoorbeeld in het sociaal akkoord van 2009 gebruikt, net zoals in het akkoord van 2013.⁹² Sinds het uitbreken van de financiële crisis trachten de Nederlandse sociale partners om werkloosheid zo veel mogelijk te voorkomen. Zij spreken zich uit om,

⁸⁷ Reeds na 6, in plaats van 12 maanden, wordt alle arbeid als passend aangemerkt.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 566, nr. 15, p. 6.

⁸⁹ M. Mailand, 'The common European flexicurity principles: How a fragile consensus was reached' *European Journal of Industrial Relations* 2010 vol. 16, nr. 3, p. 241–257.

⁹⁰ S. Milner, 'Towards a European labour market? Trade unions and flexicurity in France and Britain' *European Journal of Industrial Relations* 2012 vol. 18, nr. 3, p. 220.

⁹¹ Zie bijv. F. van Waarden en G. Lehmbruch (red.), *Renegotiating the welfare state: flexible adjustment through corporatist concertation*, New York: Routledge, 2003.

⁹² Zie het Sociaal Akkoord van de Stichting van de Arbeid (ondertekend op 25 maart 2009): 'De huidige situatie maakt het noodzakelijk om werk boven inkomen te stellen. Dat betekent dat beschikbare middelen eerder aan werkzekerheid en scholing besteed moeten worden dan aan inkomensverbetering'; zie ook Sociaal Akkoord 2013 StvdA, p. 5, 8 en 11.

indien ontslagen niet te vermijden zijn, alles in het werk te stellen om overtollige werknemers 'zo snel mogelijk aan ander werk te helpen'. 'Duurzame inzetbaarheid' en 'van-werk-naar-werk-transities' zijn leidende leuzen; zij zijn slechts relatief nieuw, aangezien scholing en employability in feite al sinds de jaren '90 belangrijke aandachtspunten zijn.⁹³ Afhankelijk van het gremium willen de partners zich zelfs uitspreken voor 'werkzekerheid boven baanzekerheid'.⁹⁴

Hoewel zowel de werkgeversorganisaties als de werknemersvertegenwoordigers werkzekerheid en gerelateerde termen als employability hebben omarmd, wil dit echter niet zeggen dat ze steeds hetzelfde bedoelen met die termen.⁹⁵ Beide partijen gebruiken de term inzetbaarheid bijvoorbeeld veelvuldig, maar de vakbonden gebruiken de term inzetbaarheid vaak in de zin van weerbaarheid en 'empowerment' van de werknemer, terwijl de werkgevers de term associëren met mobiliteit en flexibiliteit en dus meer met de 'bruikbaarheid' van de werknemer.

Werkzekerheid kan ook onderwerp van conflict zijn tussen cao-partijen. Werknemers blijken ook voor werkzekerheid te willen staken.⁹⁶ Bestudering van de rechterlijke uitspraken en nieuwsberichten over conflicten tussen cao-partijen over werkzekerheid leert dat met de term werkzekerheid in die gevallen dan doorgaans iets anders wordt bedoeld dan (alleen) investeringen in inzetbaarheid van werknemers. Het blijkt dan vaak te gaan om *werkgelegenheidsbehoud* in een sector of in een onderneming. Werknemersorganisaties vragen dan van de werkgevers om (zich in te zetten) de werkgelegenheid op peil te houden en geen 'gedwongen' ontslagen uit te voeren. Soms willen de werknemersorganisaties dat de werkgever een *werkgelegenheidsgarantie* afgeeft. Steeds vaker gebruiken de werknemersorganisaties bij dit soort conflicten de term werkzekerheid om aan te geven dat ze inzetten op het waarborgen van werkgelegenheid in de sector of onderneming.

2.4 Afbakening van de begrippen

2.4.1 Baanzekerheid en werkzekerheid: what's in a name?

Hoewel werkzekerheid een breed draagvlak kent onder Europese en nationale beleidsmakers als de beste vorm van bescherming tegen de risico's op de arbeidsmarkt, bestaat er niet één definitie van het begrip en kan met de term naargelang de

93 StvdA: *Werken aan je werkkring* (1996), *Een leven lang lerend werken* (1998), *Werk maken van employabilitybeleid* (2001), *Agenda 2002* (1997), *Er is meer nodig; Aanbevelingen voor het arbeidsvoorwaardenoverleg 2001* (2001), *Naar brede en duurzame inzetbaarheid op de arbeidsmarkt, Aanbevelingen over scholing en employabilitybeleid* (2007).

94 Zie bijv. SER, *Welvaartsgroei door en voor iedereen. Advies over het sociaal-economisch beleid op middellange termijn*, Publicatienummer 8, 2006, p. 56.

95 Tot die conclusie komen ook Pruijt en Derogee die een onderzoek hebben gedaan naar de ontwikkeling van de term 'employability' in Nederland, zie H. Pruijt en P. Derogee, 'Employability and job security, friends or foes? The paradoxical reception of employability in the Netherlands', *Socio-Economic Review* 2010 vol. 8, nr. 3, p. 445.

96 Zie bijv. Rb. Utrecht 30 maart 2009, *JAR* 2009/124; Rb. Amsterdam 23 april 2010, *JAR* 2010/118.

context steeds iets anders worden bedoeld.⁹⁷ Voor de term baan zekerheid geldt hetzelfde. Dit laatste is des te opmerkelijker aangezien met betrekking tot werkzekerheid wordt aangenomen dat dit een nieuw soort zekerheid is en dat zij nog volop in ontwikkeling is, terwijl baan zekerheid wordt geacht al ontwikkeld en aanwezig te zijn. Men zou dan een enigszins uitgewerkte conceptualisatie van baan zekerheid verwachten, die in de Nederlandse literatuur echter ontbreekt. Zo is in de Britse literatuur de term 'job security' meer uitgewerkt.⁹⁸ Daar wordt echter ook regelmatig de term 'employment security' gebruikt. In België wordt dikwijls werkzekerheid gebruikt waar men in Nederland juist baan zekerheid zou zeggen.⁹⁹ Het gebruik van de termen baan- en werkzekerheid kan dus snel tot verwarring leiden. Voor het verdere onderzoek is het nodig de begrippen te definiëren en te conceptualiseren.

Beginnend bij de taalkundige aspecten valt op dat beide termen samengesteld zijn uit twee woorden, waarbij beide in elk geval verwijzen naar het verdienen van een *inkomen uit arbeid*¹⁰⁰ en de mate waarin een persoon zeker kan zijn dat hij of zij dit in de toekomst kan blijven doen. Beide termen refereren dus aan het sociaaleconomische *werkgelegenheidsvraagstuk*: is er voldoende werk voor de beroepsbevolking? Daarbij kunnen beide termen zo worden uitgelegd als verwijzend naar het *individuele* perspectief op werkgelegenheid. Een persoon heeft al dan niet baan zekerheid en/of werkzekerheid wanneer hij al dan niet zeker kan zijn dat hij in de toekomst een inkomen uit arbeid kan blijven verdienen. Dat is meteen wat de twee termen gemeen hebben.

Er zijn meer overeenkomsten. In de literatuur die tot nu toe aan de begrippen gewijd is, wordt namelijk bij beide begrippen *meestal* bedoeld het verrichten van arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst en dus in dienst van een werkgever. Dit is echter niet altijd het geval. Ook arbeid verricht als zelfstandige wordt (steeds vaker) in aanmerking genomen. Het zwaartepunt ligt echter bij arbeid in dienstverband, wat ook in dit onderzoek verder het geval zal zijn. Wanneer het daarnaast gaat over de toekomstmogelijkheden om een inkomen uit arbeid te (blijven) verdienen wordt in dat kader bij baan zekerheid en bij werkzekerheid meestal verondersteld dat de persoon in kwestie arbeidsgeschikt blijft. Hoewel arbeidsongeschiktheid een van de belangrijkste redenen zou kunnen zijn waarom iemand *niet* meer een inkomen uit

97 Zo gebruiken vakbonden de term werkzekerheid om werkgelegenheidsbehoud en preventie van ontslagen te duiden, zoals in de vorige paragraaf is beschreven, terwijl dit juist als baan zekerheid aangemerkt zou kunnen worden.

98 Zie bijv. W. Njoya, 'Job Security in a Flexible Labour Market: Challenges and Possibilities for Worker Voice', *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2012 vol. 33 nr. 3, p. 459-479.

99 Zie bijv. M. Rigaux, 'Collectief bedongen werkzekerheid: een vrije reflectie over de grenzen van de subsidiariteit', in M. Rigaux en W. Rauws (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 711-712.

100 In de Van Dale wordt arbeid gedefinieerd als 'moeite, inspanning van lichamelijke en/of geestelijke krachten om iets te verrichten, te verkrijgen, of tot stand te brengen (dus met een doelstelling of als taak, hetzij door anderen of zichzelf opgelegd, of als levensnoodzaak)'. Zowel baan als werk worden als synoniemen van arbeid genoemd.

arbeid kan verdienen, maakt de problematiek van arbeidsongeschiktheid *in de meeste gevallen* geen onderdeel uit van het baan- en werkzekerheidsdiscours.

Bij zowel baan- als werkzekerheid gaat het dus om de mate waarin een persoon zeker kan zijn dat hij in de toekomst een inkomen uit arbeid kan blijven verdienen door een arbeidsovereenkomst te hebben en door arbeidsgeschikt te blijven. De twee concepten bevinden zich in die zin gedeeltelijk op hetzelfde deelterrein binnen het (bredere) werkgelegenheidsvraagstuk. Zij worden dan ook vaak samen genoemd en bediscussieerd, maar wanneer dit gebeurt, verwijzen zij toch meestal naar twee verschillende situaties. Met de term baan zekerheid wordt meestal bedoeld de (mate van) zekerheid om bij één werkgever te kunnen blijven werken,¹⁰¹ terwijl met werkzekerheid meestal wordt bedoeld de (mate van) zekerheid om een inkomen uit arbeid te kunnen blijven verdienen, maar niet noodzakelijkerwijs bij dezelfde werkgever. Bij werkzekerheid gaat het erom dat mensen een andere baan kunnen vinden wanneer ze de huidige baan kwijtraken. Aandacht gaat uit naar het kunnen vervolgen van de loopbaan of carrière en niet in de eerste plaats het vervolgen van het huidige dienstverband, zoals bij baan zekerheid het geval is. Bij beide termen gaat het dus om continuïteit, maar het verschil betreft de vraag of het verrichten van arbeid bij één en dezelfde werkgever bedoeld wordt of het verrichten van arbeid op de arbeidsmarkt in het algemeen. Baan zekerheid heeft kortom te maken met de continuïteit van het huidige dienstverband, terwijl werkzekerheid naar de continuïteit van de loopbaan verwijst.

Baan zekerheid	continuïteit van het huidige dienstverband
Werkzekerheid	continuïteit van de loopbaan

Zo uitgelegd kan geconcludeerd worden dat iemand zowel baan zekerheid als werkzekerheid kan hebben, maar ook dat iemand werkzekerheid kan hebben zonder baan zekerheid en andersom. De twee hoeven elkaar dus noch in te sluiten noch uit te sluiten. Baan zekerheid en werkzekerheid zijn niet competitief. Iemand kan namelijk zeker zijn van zijn huidige baan én er zeker van zijn dat hij (gemakkelijk) een andere baan kan vinden. Maar iemand kan ook zeker zijn van zijn huidige baan, maar heel onzeker over zijn mogelijkheden een andere baan te kunnen vinden. Net zoals iemand heel onzeker kan zijn van zijn huidige baan (of juist zeker kan weten dat hij zijn baan zal verliezen), maar tegelijk zeker kan zijn dat hij gemakkelijk een andere baan kan vinden.

101 Soms wordt met baan zekerheid ook bedoeld de (mate van) zekerheid om bij één werkgever precies dezelfde functie te kunnen blijven uitoefenen, maar dit is doorgaans een (te) strikte definitie van baan zekerheid.

2.4.2 De elementen van baan- en werkzekerheid

Beide definities drukken een bepaalde toestand uit. Waarom die toestand zou bestaan – ofwel wat zijn de *voorwaarden* voor of *elementen* van baan- dan wel werkzekerheid – is de volgende vraag die gesteld kan worden om te begrijpen wat de termen precies (kunnen) inhouden. Over de vraag naar de voorwaarden voor baan- dan wel werkzekerheid blijkt echter nog minder eenduidigheid in de literatuur te bestaan. Een aantal voorwaarden wordt relatief vaak genoemd. De beleidsterm ‘baanzekerheid’ wordt *primair* in verband gebracht met de *arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd* en *ontslagbescherming*. De gedachte is dat werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in hoge mate beschermd worden tegen ontslag en dus *min of meer* zeker kunnen zijn van hun baan. Het type arbeidsovereenkomst is dus belangrijk voor baanzekerheid, net als de ontslagbescherming zoals ze voortvloeit uit het ontslagrecht. De beleidsterm ‘werkzekerheid’ daarentegen duidt op de zekerheid op de arbeidsmarkt, de zekerheid van het steeds werk kunnen vinden. Iemand heeft werkzekerheid wanneer hij of zij ‘*employable*’ ofwel *inzetbaar* is, wat kort gezegd betekent dat de persoon in kwestie beschikt over vaardigheden die op de arbeidsmarkt gevraagd worden.¹⁰² Iemand heeft ook werkzekerheid wanneer hij of zij (gemakkelijk) *transities* kan maken van de ene naar de andere baan. Dit kunnen ook wel de primaire elementen van werkzekerheid genoemd worden.

Deze twee elementen van werkzekerheid (inzetbaarheid en transities) zijn de twee elementen die door beleidsmakers, inclusief de sociale partners, en de academici het vaakst benadrukt worden. Net zoals ontslagbescherming en de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd expliciet dan wel impliciet met baanzekerheid in verband worden gebracht. Andere aspecten kunnen echter ook belangrijk zijn in het kader van baan- én werkzekerheid. Ik noem er een aantal. Veilige en gezonde arbeidsomstandigheden zijn in dit verband onmiskenbaar als noodzakelijk aan te merken. In het kader van werkzekerheid kan men het belang van gelijke behandeling niet overschatten: als werkzekerheid verwijst naar de continuïteit van de loopbaan en het steeds werk kunnen vinden op de arbeidsmarkt, dan moeten mensen gelijk behandeld worden tijdens sollicitatieprocedures en op het werk, wil er sprake zijn van werkzekerheid.¹⁰³ Verder zijn de mogelijkheden om privéverantwoordelijkheden met werk te kunnen combineren ook belangrijk in dit kader. Het hebben van informatie – bijvoorbeeld via de ondernemingsraad – over de ontwikkelingen binnen het bedrijf of organisatie waar men werkzaam is en (de ontwikkelingen op) de

102 Employability is, net als flexicurity, een samentrekking van twee woorden: ‘employment’ (werk) en ‘ability’ (vermogen, in staat zijn om) of zelfs ‘adaptability’ (aanpassingsvermogen). In feite is employability op zichzelf al een tijd een zogeheten ‘buzz word’ binnen de arbeidsmarktliteratuur. In het Nederlands wordt het doorgaans vertaald met *inzetbaarheid* (op de arbeidsmarkt). Hier zullen employability en inzetbaarheid dan ook als synoniemen worden gebruikt.

103 Zie bijv. R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd*, diss. Universiteit Leiden 2010, p. 127-164.

arbeidsmarkt, zodat men daarop kan anticiperen, kan ook genoemd worden als een aspect dat direct kan bijdragen aan werkzekerheid, maar ook aan baanzekerheid.¹⁰⁴

Aan de kant van het overheidsbeleid kan men ook denken aan aspecten als een goede onderwijsstructuur en adequate (publieke) arbeidsbemiddeling. Men kan echter ook denken aan specifieke elementen van het *ondernemingsbeleid*, zoals het beleid ten aanzien van de verdeling van het beschikbare werk. De mogelijkheid die de werkgever heeft om overwerk op te dragen is hier een goed voorbeeld. Hoe meer overwerk in een bedrijf verricht wordt, des te minder arbeidsplaatsen gecreëerd worden. In het kader van baanzekerheid kan ook relevant zijn de mogelijkheid die de werkgever heeft om het werk aan derden uit te besteden. Hoe groter die mogelijkheid immers, hoe kleiner de baanzekerheid zal zijn van het zittende personeel.

Zo zijn ten aanzien van beide types zekerheden verschillende relevante elementen te noemen, waarbij het ene element belangrijker kan zijn in het kader van werkzekerheid en het andere element juist in het kader van baanzekerheid. Sommige van de hierboven genoemde aspecten dragen direct bij aan baan- of werkzekerheid, andere weer indirect. Het nemen van een dergelijk breed spectrum heeft als voordeel dat men daarmee een volledige behandeling van het onderwerp kan benaderen, maar het heeft tegelijk het nadeel dat het onderzoeksobject te ruim wordt. Bovendien gaan baan- en werkzekerheid dan zo veel inhouden dat ze aan zelfstandige betekenis inboeten. Om die redenen moet ten behoeve van dit onderzoek een beperking worden aangebracht. De vraag rijst dan echter welke elementen wel in het verdere onderzoek worden meegenomen en welke niet.

2.4.3 Werkgelegenheid in cao's

Dit onderzoek tracht een antwoord te geven op de vraag in hoeverre het arbeidsrecht bijdraagt tot werkzekerheid en welke rol de cao als juridisch instrument daarin kan spelen. Aangezien de rol van de cao in dit verband dus centraal staat, kan dit aspect ook uitsluitend geven over welke elementen van baan- en werkzekerheid verder in het onderzoek te betrekken. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de reeds bestaande studies naar de inhoud van cao's. In Nederland ontbreekt echter een algemene studie naar de manier waarop in cao's ten gunste van de werknemers zekerheid wordt bedongen omtrent de dienstbetrekking of de loopbaan. Er bestaat een aantal internationale publicaties hierover, maar deze onderzoeken zijn dikwijls casuïstisch van aard of ze concentreren zich enkel op werkgelegenheidsbehoud.¹⁰⁵ De publicaties die breder van opzet zijn en waarbij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming over werkgelegenheid centraal staat – met in voldoende mate aanwezige

104 Zie bijv. de EU-Richtlijn 1999/70/EG (clause 6) over het in kennis stellen van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van vacatures in de onderneming of vestiging. Dit is in de Nederlandse wet geïmplementeerd in artikel 7:657 BW. Zie ook EU-Richtlijn 2008/104/EG (art. 6 lid 1) met een soortgelijke bepaling m.b.t. uitzendkrachten.

105 Zie bijv. T. Haipeter en S. Lehdorff, 'Collective Bargaining on Employment', Working Paper Nr. 3. Genève: Industrial and Employment Relations Department, ILO, 2009.

juridische invalshoek op het vraagstuk – bieden eerder reflecties op dit onderwerp dan (een aanzet voor) een methode om cao's te onderzoeken.¹⁰⁶

In dit opzicht zijn de systematische studies naar de Belgische 'werkzekerheidsbedingen' in cao's interessant. In België is het inmiddels gebruik om in cao's op uiteenlopende wijze meer 'vastheid van betrekking' te bedingen dan wat uit de wet zou volgen.¹⁰⁷ In de cao wordt de bevoegdheid van de werkgever om mensen te ontslaan, maar ook bijvoorbeeld om mensen aan te nemen, verder beperkt of geregeld waardoor meer zekerheid voor het (zittende) personeel ontstaat. Werkzekerheidsbedingen, zoals deze bedingen dus genoemd worden, zijn dan bedingen 'waarbij de werkgevers zich tegenover de werknemers verbinden om hetzij de werkgelegenheid in de bedrijfstak of in de ondernemingen op peil te houden, hetzij de individuele werknemers bovenop hun wettelijke bescherming een aanvullende vastheid van betrekking of bestaanszekerheid te garanderen'.¹⁰⁸ De verdeling die men in de literatuur heeft gemaakt in verschillende groepen van deze werkzekerheidsbedingen kan – wanneer ze aangepast wordt aan de Nederlandse situatie – gebruikt worden als basis voor dit onderzoek.¹⁰⁹ Deze laat immers zien dat baan- en werkzekerheid op verschillende manieren beïnvloed kunnen worden door cao-afspraken, hoewel de Belgische werkzekerheidsbedingen nog steeds duidelijk meer gekanteld zijn richting baanzekerheid dan werkzekerheid.¹¹⁰ De verdeling moet dan ook aangevuld worden met de elementen inzetbaarheid en transitie.¹¹¹ De hieronder weergegeven verdeling is door mij ten behoeve van dit onderzoek aangepast en bevat die elementen. Het gaat om cao-bepalingen betreffende:

- a) algemeen werkgelegenheidsbeleid,
- b) aanstellings-, selectie- en wervingsbeleid,
- c) arbeidsorganisatiebeleid en
- d) ontslagbeleid.

Ad a) De eerste groep cao-bepalingen betreft het *algemene werkgelegenheidsbeleid* op het vlak van de bedrijfstak, sector of onderneming. De werkgevers verbinden zich ertoe een werkgelegenheids- en/of een opleidingsbeleid te voeren, maar ook de verbintenis tot (regelmatig) overleg met de vakbonden of de ondernemingsraden

¹⁰⁶ Zie bijv. E. Léonard, 'Industrial Relations and the Regulation of Employment in Europe', *European Journal of Industrial Relations* 2001 vol. 7 nr. 1, p. 27-47.

¹⁰⁷ Zie bijv. M. Rigaux, 'Collectief bedongen werkzekerheid: een vrije reflectie over de grenzen van de subsidiariteit', in: M. Rigaux en W. Rauws (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8* Antwerpen: Intersentia 2010, p. 695-733; N. Thoelen, 'Ontslagmacht aan banden : conventionele vastheid van betrekking. Recente ontwikkelingen van bedongen werkzekerheid', *JTT* 2006 nr. 943, p. 145-154; M. Rigaux, 'Werkzekerheidsbedingen in collectieve arbeidsovereenkomsten', *Actuele problemen van het arbeidsrecht 4* 1993, p. 441-503; N. Zekić, 'Ontslag in Nederland en België' *Ars Aequi* 2011, vol. 60, nr. 11, p. 897-904.

¹⁰⁸ Rigaux 2010, p. 713.

¹⁰⁹ Niet de gehele onderverdeling is bruikbaar, omdat de context van het collectieve overleg in België verschilt van die in Nederland.

¹¹⁰ Zo is opleiding(sbeleid) in de publicatie van 1993 niet als een aparte factor opgenomen, terwijl dat in 2010 wel het geval is. Het element (begeleiden van) transitie op de arbeidsmarkt maakt echter nog geen onderdeel uit van de onderverdeling.

¹¹¹ Zie hoofdstuk 6 voor het empirische onderzoek naar cao-bepalingen volgens deze indeling.

over de ontwikkelingen in de werkgelegenheid kan hieronder vallen. Ook meer specifieke bepalingen kunnen in deze groep vallen, zoals cao-bepalingen die uitbesteding van werk aan derden beperken of bepalingen waarin staat dat arbeidsplaatsen voor bepaalde groepen (meestal met een slechtere arbeidsmarktpositie) geschapen moeten worden. Van deze groep bepalingen kan gezegd worden dat ze in de eerste plaats gericht zijn op baan zekerheid, maar men kan eruit opmaken dat ze ook werk zekerheid in het algemeen – dus niet zo zeer voor het zittende personeel, maar eerder voor ‘buitenstaanders’ – willen bevorderen. Dat is met name bij het laatste voorbeeld het geval. Van cao-bepalingen waarin bijvoorbeeld staat dat na verloop van tijd een bepaald aantal arbeidsplaatsen jonggehandicapten moet zijn gecreëerd – bepalingen die men vaak tegenkomt in cao's – , kan gezegd worden dat ze bijdragen aan werk zekerheid voor deze specifieke groep mensen, omdat de kansen op werk voor deze groep mensen op deze manier verhoogd worden.

Ad b) De tweede groep betreft cao-bepalingen die het *aanstellings-, selectie- en wervingsbeleid* van de werkgever trachten te beïnvloeden. Binnen deze groep vallen bepalingen die het werven van nieuwe werknemers conditioneren, wat direct kan bijdragen aan baan zekerheid van het zittende personeel. Dit betreft met name cao-bepalingen waarin staat dat bij vacatures eerst intern geworven moet worden alvorens men extern gaat werven. Onder het aanstellings- en wervingsbeleid moet zeker ook het inlenen van arbeidskrachten worden verstaan.¹¹² Immers, ook bepalingen die het inlenen van uitzendkrachten of gedetacheerde werknemers limiteren, dragen direct bij aan baan zekerheid van het zittende personeel. Bij het aanstellingsbeleid moet bijvoorbeeld worden gedacht aan bepalingen die voorschrijven op basis van welke (arbeids)overeenkomsten nieuwe werknemers tewerkgesteld mogen worden. Zo zullen bepalingen die het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd of andere ‘flexibele’ overeenkomsten beperken, ook vallen in de categorie bepalingen die baan zekerheid pogen te vergroten, hoewel het hier niet gaat om baan zekerheid van het zittende personeel, maar juist van nieuwe werknemers. Zij komen dan immers eerder in aanmerking voor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dan waarschijnlijk het geval zou zijn wanneer alleen de wettelijke bepalingen gelden.

Het perspectief wordt verder naar werk zekerheid uitgebreid wanneer in de cao een voorkeursbeleid is geregeld. Wanneer in de cao bijvoorbeeld is opgenomen dat bij een vacature voorrang moet worden gegeven aan de eerder ontslagen werknemers van de eigen onderneming of andere ondernemingen binnen dezelfde sector, dan hebben deze werknemers meer werk zekerheid dan zonder een dergelijke bepaling. Het gaat dan echter om (interne) werk zekerheid voor het zittende personeel. Anders is het wanneer het gaat om voorkeursbeleid ten aanzien van de inschakeling van bepaalde groepen werknemers, meestal mensen met een achterstandspositie op de arbeidsmarkt, zoals Wajongers. Aangezien deze groepen juist minder kans hebben op een

¹¹² In de WOR wordt het inlenen en het werven apart vermeld, maar besluiten hieromtrent worden wel samen genoemd in art. 25 lid 1 sub g WOR.

baan, wordt de werkzekerheid van deze groep werknemers door middel van dit soort collectieve afspraken vergroot. Wanneer het wervingsbeleid in cao's betreft, moeten ook vermeld worden de cao-bepalingen die bepalen dat de werkgever de vacature bij het UWV Werkbedrijf moet melden (en soms ook afmelden). Ook deze wervingsbepalingen vergroten de werkzekerheid in het algemeen aangezien ze erop gericht zijn de arbeidsmarkt inzichtelijker te maken.¹¹³ Ten aanzien van cao-bepalingen op het terrein van het aanstellings- en wervingsbeleid kan dus niet op voorhand worden gezegd of zij gericht zijn op baanzekerheid of werkzekerheid. Uit een onderzoek uit 2004 bleek dat het aantal in cao's vastgelegde afspraken over werving en selectie in vergelijking met eerder onderzoek uit 2000 was afgenomen. De afname betrof vooral afspraken waarin staat dat interne werving voorrang heeft boven externe werving.¹¹⁴ Het is denkbaar dat dit soort afspraken vanwege de economische crisis de laatste jaren weer is toegenomen.¹¹⁵

Bij deze categorie moet ook gedacht worden aan het gebruik van allerlei bedingen in de individuele arbeidsovereenkomst die de werknemer kunnen beletten op enigerwijze werkzaam te zijn op de arbeidsmarkt. In de eerste plaats zijn dat de concurrentiebedingen en nevenwerkzaamhedenbedingen, maar men kan ook denken aan studiekostenbedingen. Dit soort (individuele of collectieve) afspraken is juist relevant in het kader van werkzekerheid. De wetgever heeft in 1997 de gebondenheid aan een in de cao opgenomen concurrentiebeding expliciet verboden.¹¹⁶ Het is nu wettelijk geregeld dat een concurrentiebeding schriftelijk individueel met de werknemer moet worden afgesloten.¹¹⁷ De rol van de cao op het terrein van het concurrentiebeding is dan ook 'uiterst beperkt'.¹¹⁸ Die rol hoeft echter niet klein te zijn. Cao's kunnen wel de *condities* regelen waaronder een concurrentiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen mag worden. Het verbod op nevenarbeid is niet wettelijk geregeld, maar pleegt juist wel in cao's opgenomen te worden.¹¹⁹ Ook het studiekostenbeding is niet wettelijk geregeld, maar kan wel opgenomen zijn in de cao.

113 Zie bijv. R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd*, diss. Universiteit Leiden 2010, p. 105.

114 S. Pott en L. Junger, *Werving en selectie in cao's (2004): een onderzoek naar de doorwerking van de Stichtingsaanbevelingen met betrekking tot werving en selectie op cao-niveau*, Ministerie van SZW 2004, p. 21.

115 Vlg. Kötter 2010, p. 104.

116 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 35.

117 Art. 7:653 BW. Opgemerkt dient te worden dat de HR deze eis aanmerkelijk heeft genuanceerd in HR 28 maart 2008, JAR 2008/113 (Philips/Oostendorp). Zie bijv. A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

118 A.R. Houweling en C.J. Loonstra, 'Het concurrentiebeding in artikel 7:653 BW: welk regelingsmodel?', in Jacobs-bundel, p. 386.

119 J. van Drongelen en S.E.H. Lacroix, *De vrijheid van arbeidskeuze en de regeling van nevenarbeid in collectieve arbeidsovereenkomsten*, Uitgeverij Paris 2012. De auteurs constateren dat in 80% van de door hen onderzochte cao's beperkingen op nevenarbeid zijn opgenomen (p. 72). Zie ook D.J.B. de Wolff, 'Nevenbesognes. De arbeidsrechtelijke benadering van nevenarbeid door de werknemer voorzien van enkele kritische kanttekeningen', SR 2005/59.

Ad c) Cao-bepalingen die werkgevers' *arbeidsorganisatiebeleid* op een bepaalde manier trachten te beïnvloeden, vormen de derde groep cao-bepalingen. Met arbeidsorganisatiebeleid wordt bedoeld de manier waarop de *arbeidsorganisatie* ingericht wordt. Hierbij moet worden gedacht aan bepalingen die het gebruik van overwerk inperken of uitsluiten en bepalingen die veranderingen van tewerkstelling van werknemers – zoals in het geval van overplaatsingen¹²⁰ – conditioneren. Deze groep bepalingen kan gericht zijn op baan- of werkzekerheid. Wanneer overwerk uitgesloten of beperkt wordt, zal de werkgever immers eerder nieuw personeel moeten aannemen, wat de algemene werkzekerheid kan vergroten. (Strikte) conditionering van wijziging van functies draagt weer bij tot baan zekerheid wanneer onder baan zekerheid ook functiebehoud wordt verstaan.

Ad d) De vierde groep betreft cao-bepalingen die het *ontslagbeleid* van de werkgever regelen. Ook deze groep bepalingen kan zowel baan- als werkzekerheid betreffen, hoewel in Belgische cao's de nadruk sterk wordt gelegd op baan zekerheid, wat in Nederland ook het geval kan zijn.¹²¹ Het gaat om bepalingen die voorschrijven dat beëindiging van arbeidsovereenkomsten door de werkgever bijvoorbeeld alleen om bepaalde redenen of alleen onder bepaalde omstandigheden kan geschieden. Die bepalingen zijn gericht op baan zekerheid. Van deze groep bepalingen kan ook gezegd worden dat zij op werkzekerheid gericht is, wanneer het bepalingen betreft die ontslagbegeleidende maatregelen betreffen, zoals inschakeling van een outplacementbureau bij ontslag.

2.4.3.1 Ondernemingsbeleid als uitgangspunt bij onderzoek

Bovenstaande verdeling laat zien dat bij categorisering van cao-afspraken over baan- en werkzekerheid behulpzaam kan zijn zich te richten op de bevoegdheden van de werkgever die primair tot het *ondernemingsbeleid* worden gerekend.¹²² Door over ondernemings- of ondernemersbeleid¹²³ te spreken in plaats van werkgeversbeleid wordt de nadruk eerder gelegd op het organisatorisch verband waar de werknemer werkzaam is dan op de werkgever als wederpartij van de werknemer bij de arbeidsovereenkomst. Dit organisatorisch verband voert een bepaald beleid dat direct

120 Het overplaatsingsbeleid wordt (in het kader van medezeggenschapsrechten) ook geschaard onder het aanstellingsbeleid, zie Ktr. Amsterdam 24 september 1984, ROR 1971–1984, nr. 119.

121 Of dat inderdaad zo is, wordt in hoofdstuk 6 onderzocht.

122 Net als in de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) dient hier de term 'onderneming' echter breed te worden uitgelegd. Het gaat dan om elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht, Art. 1 lid 1 sub c WOR. Het hoeft dus niet enkel te gaan om op winst gerichte economische eenheden.

123 De WOR maakt terecht onderscheid tussen de begrippen onderneming en ondernemer, mede omdat één ondernemer meerdere ondernemingen kan hebben. Het is de *ondernemer* die in dit verband bepaalde verplichtingen jegens de or heeft, zie bijv. art. 25 lid 1 WOR, terwijl de or (ook) in het belang van de *onderneming* (en niet de ondernemer) handelt, zie bijv. art. 2 lid 1 WOR. Hier is dit onderscheid echter niet of veel minder van belang, omdat hier met de onderneming en de ondernemer primair de wederpartij van de vakbonden bij cao-onderhandelingen wordt bedoeld, dan wel de wederpartij van de werknemer bij de individuele arbeidsovereenkomst. De twee begrippen worden dus door elkaar gebruikt.

of indirect de mate van baan- of werkzekerheid beïnvloedt of kan beïnvloeden van één werknemer of de werknemers als groep. Het handelen van de onderneming hoeft dan niet primair *gericht* te zijn op de in die onderneming werkzame werknemers, maar het kan wel direct dan wel indirect gevolgen voor ze hebben.¹²⁴

Het gaat hier echter steeds om beïnvloeding van het ondernemingsbeleid door de cao en het cao-overleg en *niet* door afspraken met de ondernemingsraad. Het is niet alleen belangrijk om dit te benadrukken, omdat cao's een andere juridische werking hebben dan de afspraken die de werkgever met de ondernemingsraad maakt,¹²⁵ maar ook omdat cao-overleg ook op bedrijfstakniveau kan plaatsvinden, terwijl het overleg met de ondernemingsraden alleen op ondernemingsniveau plaatsvindt.¹²⁶ Een bedrijfstak-cao, met name wanneer deze algemeen verbindend is verklaard, beïnvloedt het beleid van alle ondernemingen die onder haar werkingssfeer vallen in principe op dezelfde wijze. Cao-partijen die bij een dergelijke cao betrokken zijn, beïnvloeden daarmee ook de arbeidsmarkt in die betreffende bedrijfstak. Daarnaast is het overleg met de ondernemingsraden 'beperkt', omdat dit overleg op grond van de WOR (ook) het belang van de onderneming moet dienen.¹²⁷ Het cao-overleg is niet op die manier doelgebonden.¹²⁸

Door ondernemingsbeleid – en niet werkgeversbeleid – als uitgangspunt te nemen kan in studies naar de rol van de cao, zoals deze studie, het onderzoeksveld worden verruimd. In de arbeidsrechtliteratuur, maar zeker ook in het Burgerlijk Wetboek, wordt namelijk het handelen van de werkgever in beginsel steeds opgevat als handelen ten opzichte van één specifieke werknemer. De contractuele relatie van de arbeidsovereenkomst brengt dit met zich mee. Door dus over ondernemings- of ondernemersbeleid te spreken in plaats van werkgeversbeleid wordt 'de blik verruimd'. Het zal de vakbonden als werknemersvertegenwoordigers bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming immers ook niet alleen gaan om het vaststellen van arbeidsvoorwaarden die de werkgever bij individuele arbeidsovereenkomst – dus bij elke individuele werknemer – in acht moet nemen, maar ook om het beïnvloeden van het ondernemingsbeleid waarvan de werknemers, of potentiële werknemers, direct dan wel indirect gevolgen kunnen merken.

De blik wordt hiermee verruimd wanneer onderzocht moet worden hoe baan- of werkzekerheid in cao's geregeld kan worden, hoewel uiteraard hiermee niet het hele onderzoeksveld is gedekt. Het beleid van één onderneming kan slechts in betrekkelijke mate iemands baan- of werkzekerheid beïnvloeden. De stand van de economie is

124 Dit is wat de wetgever ook heeft onderkend, waardoor in de WOR bijv. adviesrechten aan de or zijn toegekend bij sommige bedrijfseconomische en financiële besluiten.

125 In hoofdstuk 7 wordt de juridische werking van cao-bepalingen op het terrein van werkzekerheid geanalyseerd.

126 Opgemerkt dient te worden dat ook centrale ondernemingsraden en groepsondernemingsraden bestaan en dat het overleg met deze ondernemingsraden het niveau van één onderneming kan overstijgen, zie art. 33 WOR.

127 Art. 2 WOR. Zie bijv. De Schets, p. 297.

128 Zie echter hoofdstuk 5 voor een uitgebreidere reflectie op de collectieve onderhandelingsvrijheid.

alleen één van de andere beïnvloedingsfactoren die hier genoemd kunnen worden en die misschien nog in nog een grotere mate beslissend is voor iemands baan- dan wel werkzekerheid dan de onderneming waar de betreffende persoon werkt. Daarnaast is het hoogstens onzeker welk effect precies de cao en het cao-overleg heeft op het beleid van de onderneming. Vanwege de hierboven genoemde voordelen is deze aanpak, met haar beperkingen, echter te rechtvaardigen.

De cao's – en zeker ook bedrijfstak-cao's – kunnen een specifiek beleid voorschrijven of ze kunnen op specifieke onderdelen van het beleid regelingen bevatten, die het ondernemingsbeleid vervolgens mede bepalen, terwijl het in principe primair blijft gaan om arbeidsvoorwaarden. Door juist het ondernemingsbeleid vervolgens onder te verdelen naar werkgelegenheidsbeleid, aanstellings- en wervingsbeleid, arbeidsorganisatiebeleid en ontslagbeleid worden de verschillende manieren om baan- en werkzekerheid via de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming te beïnvloeden beter zichtbaar.

Deze of een vergelijkbare onderverdeling wordt in de Nederlandse literatuur over de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming niet – althans niet vaak – gehanteerd wanneer het gaat om de inhoud van cao-bepalingen. Een enigszins vergelijkbare verdeling naar type ondernemingsbeleid – of beter ondernemingsbesluiten – vinden we *wel* in het Nederlandse medezeggenschapsrecht. De WOR maakt onderscheid tussen instemmings- en adviesplichtige besluiten van de ondernemer waarbij de wet een limitatieve opsomming geeft van ondernemersbesluiten die ter instemming dan wel advies aan de ondernemingsraad voorgelegd moeten worden.¹²⁹ De (voorgenomen) besluiten waaromtrent de ondernemingsraad in de gelegenheid moet worden gesteld advies uit te brengen dan wel instemming te geven worden in de literatuur aangeduid als besluiten van *bedrijfseconomische of financieel-economische aard* respectievelijk besluiten betreffende het *sociale beleid*.¹³⁰ Van de hierboven uiteengezette opsomming van het ondernemersbeleid zou gezegd kunnen worden dat ze tezamen onder de koepel van sociaal beleid van de onderneming vallen.¹³¹ Toch betreft de hier gehanteerde opsomming niet alleen het sociale beleid. Zo noemt art. 25 eerste lid van de WOR onder g 'het groepsgewijs werven of inlenen van arbeidskrachten' als een onderwerp waarover de ondernemingsraad adviesrecht heeft. Bovendien bevat de WOR limitatieve opsomming van advies- of instemmingsplichtige besluiten, terwijl het regelingsbereik van cao-partijen groter is.¹³² Zij zijn niet gebonden aan een limitatieve opsomming van onderwerpen waarover ze collectieve regelingen mogen treffen.¹³³ Andere dan in de WOR genoemde onderwerpen zijn denkbaar waaromtrent collectieve regelingen tot stand kunnen komen die de baan- dan wel werkzekerheid

129 Zie art. 25 lid 1 WOR voor adviesrecht en art. 27 lid 1 WOR voor instemmingsrecht.

130 Zie bijv. J. Roest, *Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten*, diss. Radboud Universiteit Nijmegen 1996; De Schets, p. 317. Loonstra en Zondag noemen de besluiten van bedrijfseconomische aard 'strategische beslissingen', *Arbeidsrechtelijke themata*, p. 711.

131 Vlg. *Kamerstukken II* 1992-1993, 23 020, nrs. 1 en 2.

132 Zie over het regelingsbereik van cao-partijen ten aanzien van deze onderwerpen hoofdstuk 5.

133 Daarnaast hebben cao-afspraken voorrang op medezeggenschap van de ondernemingsraad bij instemmingsplichtige besluiten, zie art. 27 lid 3 WOR.

kunnen beïnvloeden. Om deze redenen vormt de onderverdeling ten aanzien van de ondernemersbesluiten in de WOR geen geschikt uitgangspunt voor dit onderzoek. Dat is ook niet verwonderlijk. De WOR ziet op de mogelijkheden van werknemersvertegenwoordigers om de besluitvorming van ondernemingen van binnenuit te beïnvloeden, terwijl het hier gaat om externe beïnvloeding.¹³⁴

2.4.4 Elementen van werkzekerheid: inzetbaarheid en transities

De twee meest genoemde elementen van werkzekerheid die in de beleidsdocumenten aangetroffen kunnen worden zijn (investeringen in) de inzetbaar en de transities of de mobiliteit op de arbeidsmarkt.¹³⁵ Een inpassing van deze twee elementen in de bovengenoemde onderverdeling van mogelijke cao-afspraken zou betekenen dat inzetbaarheid onder het algemene werkgelegenheidsbeleid zou vallen en transitie onder het arbeidsorganisatiebeleid.

2.4.4.1 Inzetbaarheid

Over de noodzaak van het blijvend investeren in de inzetbaarheid van werknemers bestaat al enige tijd een consensus.¹³⁶ De bedoeling achter deze investeringen is doorgaans om werknemers geschikt(er) te maken voor de interne of externe arbeidsmarkt door hen uit te rusten met de kennis en de vaardigheden die op de arbeidsmarkt worden gevraagd.¹³⁷ De inzetbaarheid van werknemers kan met recht het spil in het Europese en het nationale werkgelegenheidsbeleid genoemd worden. Velen stellen inzetbaarheid en werkzekerheid zelfs gelijk aan elkaar.¹³⁸

In de meeste gevallen wordt *scholing* van werknemers gezien als de beste manier om de inzetbaarheid te verzekeren. Om inzetbaar te blijven op een arbeidsmarkt waar de technologische en economische veranderingen zich in een snel tempo manifesteren en waar de competitie door de internationalisering lijkt te blijven groeien, is het nodig dat werknemers zich blijven scholen om in het bezit te zijn en te blijven van de gevraagde kennis en vaardigheden op de arbeidsmarkt. Daarnaast dragen goed geschoolde werknemers bij aan de (verhoging) van productiviteit. Het voortdurend scholen van werknemers ('lifelong learning') wordt niet alleen gezien als een van de belangrijkste factoren voor een goed werkende arbeidsmarkt, maar ook als een onmisbare factor voor de gehele (kennis)economie:

134 Vlg. J. van Schaik, 'Externe beïnvloeding van de besluitvorming van ondernemingen bij fusies, reorganisaties en bedrijfssluitingen', in M.G. Rood e.a., *Het collectief arbeidsrecht nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 1984, p. 105-130.

135 Hieronder wordt de context van deze twee elementen van werkzekerheid verkend. De juridische analyse van de elementen vindt echter plaats in hoofdstuk 3. Daar staat de vraag centraal in hoeverre het arbeidsrecht echt gericht is op baan- dan wel werkzekerheid.

136 Zie bijv. Stichting van de Arbeid (StvdA), *Een leven lang lerend werken*, Den Haag 1998, nota nr. 3/98.

137 T. Haipeter en S. Lehndorff, *Collective bargaining on employment*, Geneve: ILO 2009, Industrial and Employment Relations Department Working Paper nr. 3, p.6.

138 Zie bijv. EC, *Employment in Europe* 1997, COM (97) 479 fin., p. 20.

'Scholing kan bijdragen aan preventie van werkloosheid en aan werkzekerheid en kan een belangrijke bijdrage leveren aan de gewenste ontwikkeling van een hoogwaardige economie.'¹³⁹

Daarbij is de tendens het belang van algemene scholing te benadrukken, dat wil zeggen scholing in *niet-bedrijfsspecifieke* kennis en vaardigheden. Het idee is dat met algemene scholing veel meer dan met functiegerichte of bedrijfsspecifieke scholing werkzekerheid vergroot kan worden. Werknemers hebben immers naast bedrijfsspecifieke ook 'transferabele' kennis nodig.¹⁴⁰

Gezien het feit dat scholing het belang van werknemers kan dienen, maar ook bijdraagt aan de verhoging van de productiviteit van bedrijven en de ontwikkeling van de kenniseconomie, hoeft het geen verbazing te wekken dat de sociale partners elkaar hier hebben gevonden.¹⁴¹

In de context van inzetbaarheid wordt echter vaak ook naar andere factoren dan scholing alleen verwezen. Gevraagd naar de definitie van employability heeft het toenmalige Kabinet in 2006 employability en employabilitybeleid als volgt omschreven:¹⁴²

'Onder employability wordt verstaan de inzetbaarheid van werknemers binnen of buiten de eigen onderneming. Employabilitybeleid omvat in beginsel dan ook alle maatregelen en instrumenten waarmee de inzetbaarheid van werknemers binnen en buiten de onderneming wordt vergroot. Hierbij valt te denken aan taakverbreding, taakverrijking en taakroulatie en aan de ontwikkeling van competenties voor de eigen functie en voor andere functies al dan niet buiten de eigen onderneming. Het gaat hierbij zowel om het behoud van baanzekerheid (in de zin van het meegroeien in de eigen functie of gemakkelijker elders inzetbaar zijn binnen de onderneming) als om werkzekerheid (in de zin van het gemakkelijker een baan vinden buiten de onderneming als ontslag onvermijdelijk is).'

Hier zien we dat ook andere aspecten dan scholing worden benadrukt, namelijk taakverbreding, taakverrijking en taakroulatie.¹⁴³ Deze tweede manier om aan employability te werken, die we '*functionele flexibiliteit*' kunnen noemen, krijgt in de literatuur echter aanzienlijk minder aandacht dan scholing. Scholing blijft de meest genoemde (zo niet de enige) manier om werkzekerheid te bereiken.¹⁴⁴

Uit deze definitie blijkt dat met het inzetbaarheidsdiscours niet alleen investeringen in werknemers bedoeld worden. Van werknemers wordt ook een grote mate van

139 A. Baris en E. Verhulp, 'Scholing en ontslag: flexibiliteit en werkzekerheid', SMA 2006, p. 53.

140 WRR, *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 182: 'Een scholingsinspanning als invulling van inzetbaarheid (employability), dient niet louter ingegeven te worden door de actuele behoefte van het bedrijf, maar dient ook steeds meer geënt te worden op een loopbaanperspectief (binnen en buiten het huidige bedrijf).'

141 Zie (StvdA), Visie van sociale partners op scholing van werkenden, december 2009.

142 *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 370, nr. 8, p. 19 en 20.

143 Zie ook F. Dekker, 'Werkzekerheid door functionele flexibiliteit' ESB 96 (4617) 2 september 2011, p. 510-511.

144 *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 804, nr. 17.

flexibiliteit verwacht.¹⁴⁵ Verschillende HRM-studies laten zien dat inzetbaarheid op de arbeidsmarkt niet alleen te maken heeft met het hebben van kennis en vaardigheden, maar ook met *persoonlijke* kenmerken, zoals het kunnen samenwerken, flexibel ingesteld zijn enz. Werknemers moeten niet alleen flexibel zijn in de zin dat ze hun hele werkende leven nieuwe kennis en vaardigheden opdoen, maar zij moeten ook flexibel zijn in hun bereidheid *ander* werk te doen. Van werknemers wordt gevraagd dat ze in staat zijn om verschillende werkzaamheden en functies te vervullen niet alleen in het bedrijf waar ze al werken, maar ook in andere bedrijven en mogelijk in andere sectoren of zelfs andere beroepen.¹⁴⁶ Dat betekent dat de werknemers zelf flexibel ingesteld moeten zijn om goed te kunnen functioneren binnen verschillende organisaties. Bovendien wordt flexibiliteit steeds meer ook *binnen* de functie verwacht. In tegenstelling tot de 'oude' manier van produceren, die gekenmerkt werd door massaproductie, wordt in de 'nieuwe' manier van werken veel meer gewerkt op projectbasis en in teams. Vroeger werd het werk meestal verdeeld in afzonderlijke en afgebakende taken, terwijl het de bedoeling was dat de werknemers zo goed mogelijk werden in hun specifieke taak. Om die reden bleven mensen die taken dan ook heel lang uitvoeren. De werknemers hebben tegenwoordig echter meestal meer algemeen omschreven functies waarbij de taken die ze moeten uitvoeren kunnen variëren. Van hen wordt niet zo zeer verwacht dat ze heel goed worden in een specifieke taak, maar juist om verschillende taken te kunnen uitvoeren, om goed met andere te kunnen samenwerken, om te anticiperen op veranderingen en zelf taken te initiëren. Dat wordt waarschijnlijk bedoeld wanneer men zegt dat inzetbaarheid 'duurzaam en breed' moet zijn: werknemers moeten flexibel inzetbaar zijn.¹⁴⁷ Wanneer de werknemers in staat zijn op deze manier te functioneren, dan wordt dat gezien als zowel gunstig voor de werkgever als de werknemer. Bovendien draagt een dergelijke instelling bij tot de competitieve kenniseconomie. Dit is waarom het hedendaagse arbeidsmarktbeleid zowel op Europees als nationaal niveau employability propageert en waarom flexicurity 'zegt' dat zekerheid en flexibiliteit elkaar kunnen versterken.

Volgens de SER moeten de werknemers in staat zijn om verschillende werkzaamheden en functies te vervullen, in het eigen bedrijf, in andere bedrijven en mogelijk in andere sectoren of zelfs andere beroepen.¹⁴⁸ De sociale partners koppelen consistent employability expliciet aan de normen van 'goed werkgeverschap' en 'goed werknemerschap' en willen dit zelfs vertaald zien in het Burgerlijk Wetboek.¹⁴⁹ Nu is het

145 Zie bijv. D.J.B. Wolff, 'De zorgplicht van de werknemer voor zijn loopbaan' in J.J.M. Theeuwes (red.), *De werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 91-109; M. Rönnmar, 'The Managerial Prerogative and the Employee's Obligation to Work: Comparative Perspectives on Functional Flexibility', *Industrial Law Journal*, 2006 vol. 35 nr. 1, p. 56-74.

146 SER, *Welvaartsgroei door en voor iedereen. Advies over het sociaal-economisch beleid op middellange termijn*, Publicatienummer 8, 2006, p. 46.

147 StvdA, *Naar brede en duurzame inzetbaarheid op de arbeidsmarkt. Aanbevelingen over scholing en employabilitybeleid*, Den Haag 2006, Nr. 7/06.

148 Bijv. SER, *Welvaartsgroei door en voor iedereen. Advies over het sociaal-economisch beleid op middellange termijn*, Publicatienummer 8, 2006, p. 46.

149 Sociaal Akkoord 2013 van StvdA, p. 11. In een nieuwe artikel 7:611a BW wordt slechts een scholingsplicht voor werkgevers opgenomen (wetsvoorstel 33 818, nr. A).

duidelijk dat het vergroten van inzetbaarheid door middel scholing redelijk eenvoudig uitgewerkt kan worden in cao's door middel van arbeidsvoorwaarden die een individueel recht op en een plicht tot scholing inhouden.¹⁵⁰ Het tweede aspect van inzetbaarheid, de persoonlijke flexibiliteit, laat zich minder eenvoudig vertalen in arbeidsvoorwaarden. Men kan wel een flexibele houding van werknemers 'eisen' door bijvoorbeeld dit onder goed werknemerschap te verstaan of door in cao's expliciet op te nemen dat de werknemer bijvoorbeeld bepaalde taakwijzigingen moet aanvaarden, maar daarmee wordt dit aspect van inzetbaar nog niet ontwikkeld of bevorderd. Wanneer men de flexibele houding die van hem gevraagd wordt niet heeft of niet kan opbrengen, dan laat dat zich in beperkte mate en slechts geleidelijk door 'externen' (bijvoorbeeld door cao-partijen) beïnvloeden. In hoeverre dit aspect van werkzekerheid uitgewerkt kan worden in cao's zal dus gedeeltelijk ook moeten blijken uit het empirische onderzoek naar cao-bepalingen over werkzekerheid.¹⁵¹

2.4.4.2 Transities

Het tweede element van werkzekerheid bestaat uit voorzieningen die gericht zijn op het vergemakkelijken van transities ofwel mobiliteit op de arbeidsmarkt. Onder transities wordt verstaan de overgangen die mensen maken van school naar werk (en eventueel omgekeerd), van inactiviteit naar werk en wanneer nodig ook van werk naar inactiviteit (overgangen tussen werk en privé) en van baan naar baan. Aangenomen wordt dat waar vroeger een loopbaan veelal lineair verliep, dat wil zeggen dat men begon te werken na de opleiding en na 40 à 50 jaar tewerkstelling bij één of twee organisaties, men met pensioen ging, tegenwoordig steeds meer onderbrekingen en veranderingen in de loopbaan voorkomen. Met het vergemakkelijken of het versoepelen van transities wordt in de beleidsstukken meestal bedoeld dat transitieperiodes zo kort mogelijk moeten zijn en dat de werknemers tijdens deze perioden zo weinig mogelijk inkomensverlies mogen lijden. In die zin past het beleid dat gericht is op het versoepelen van transities zeer bij het bredere en oudere *activeringsbeleid*, dat zowel op Europees als op nationaal niveau inmiddels decennia lang het centrale beleid binnen de sociale zekerheid vormt.

Het 'versoepelen van transities' of 'hulp bij transities' kan echter nog aan een zeer breed scala van activiteiten refereren. De beleidsadviezen laten ook regelmatig in het midden hoe dit precies moet gebeuren en bij wie de verantwoordelijkheid ligt. Dit element van werkzekerheid is althans in de literatuur duidelijk minder ontwikkeld dan inzetbaarheid. Het betreft een gebied dat door alle actoren (beleidsmakers, academici etc.) nog verkend wordt. Uit beleidsteksten blijkt dat beleidsmakers doorgaans twee manieren voor ogen hebben om een transitie op de arbeidsmarkt voor de werkende te vergemakkelijken: door assistentie (in de vorm van voorzieningen) te bieden bij het maken van transities en met behulp van rechten die meegenomen kunnen worden ('transferable rights').

150 M.B. Kerkhof en S.F. Sagel, 'Scholing en collectieve arbeidsovereenkomst' in G.J.J. Heerma van Voss (red.), *Scholing in het sociaal recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 159-178.

151 Zie hiervoor hoofdstuk 6.

Aangezien dit onderzoek zich voornamelijk richt op de uitwerking van werkzekerheid in cao's, zal voornamelijk de van-baan-naar-baan transitie verder onderzocht worden. In beginsel zijn die transities ofwel vrijwillig ofwel onvrijwillig. Beide kunnen vergemakkelijkt worden indien de werknemers daarbij assistentie krijgen en hun opgebouwde rechten mee kunnen nemen. Vanuit de werkzekerheidsgedachte dient bij dreiging van werkloosheid (bijvoorbeeld bij reorganisaties) de nadruk te liggen op actieve maatregelen, zoals outplacement en (bij)scholing, zodat een overstap gemaakt kan worden naar een andere baan zonder dat men werkloos wordt, in plaats van passieve compensatie, zoals ontslagvergoeding.

Een veelgehoorde kritiek op werkzekerheidsbeleid is dat het arbeidsverhoudingen individualiseert en de risicoverdeling naar de individuele werknemer verschuift. 'Hulp bij transities' als expliciet element van werkzekerheid – dus nevensgeschikt aan inzetbaarheid – kan van werkzekerheid meer maken dan beleid dat alleen of 'hooguit' gericht is op 'het bevorderen van goede kansen op de arbeidsmarkt'.¹⁵² Nu is het zo dat de kern van het arbeidsrecht – het arbeidsovereenkomstenrecht – draait om de relatie werkgever-werknemer. De 'transitiemakende werknemer' kan daar juist moeilijk ingebed worden. Dat gebeurt nu slechts zeer langzaam. Een goed voorbeeld is het in de wet geregelde 'opvolgend werkgeverschap' bij een keten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.¹⁵³ Dit is echter een van de (belangrijke) uitzonderingen. Het arbeidsrecht blijft voor het grootste gedeelte draaien om de huidige arbeidsovereenkomst. Een belangrijk leerstuk daarin is 'de overgang van onderneming', een situatie waarin de onderneming van eigenaar wisselt.¹⁵⁴ De 'overgang van de werknemer' is daarentegen nauwelijks geregeld.

2.4.4.3 Belemmeringen bij transities op de arbeidsmarkt

De transitiemakende werknemer vindt moeilijk zijn inbedding in het arbeidsrecht, maar hij kan wel verschillende belemmeringen bij zijn transitie tegenkomen, die afkomstig zijn uit het arbeidsrecht. Het arbeidsrecht staat expliciet toe dat de (huidige) werkgever door contractuele afspraken de werknemer belemmert naar een andere werkgever over te stappen of om na het einde van de dienstbetrekking bepaalde werkzaamheden uit te oefenen. Eerder is al het concurrentiebeding genoemd. Het gebruik van het concurrentiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst kan de werknemer aanzienlijk beperken in zijn mobiliteit op de arbeidsmarkt.¹⁵⁵ Al in 1977 heeft de Hoge Raad vastgesteld dat een concurrentiebeding de werknemer kan 'treffen in een zwaarwegend belang, namelijk de wijze waarop hij in

152 C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014, p. 92.

153 Art. 668a lid 2 BW.

154 Zie afdeling 8 in boek 7, titel 10 van het BW.

155 Zie over het concurrentiebeding bijv. A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011; F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie: beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever*, Deventer: Kluwer 1995.

zijn levensonderhoud voorziet.¹⁵⁶ Het concurrentiebeding maakt ook inbreuk op zijn vrije keuze van arbeid, wat hem als grondrecht toekomt.¹⁵⁷ De heersende mening in de literatuur is dat de wettelijke regeling van het concurrentiebeding in artikel 7:653 BW te veel ruimte laat voor de werkgever om een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen en dat daarmee het grondrecht op vrije arbeidskeuze te veel wordt beperkt.¹⁵⁸ In de literatuur wordt de noodzaak tot een (grondige) herziening van de wettelijke regeling van het concurrentiebeding dan ook steeds benadrukt.¹⁵⁹ Zo stellen Houweling en Loonstra vast dat de (processuele) positie van de werknemer in geschillen omtrent het concurrentiebeding in de afgelopen decennia is verslechterd.¹⁶⁰ Het toegenomen belang van werkzekerheid en employability én de toegenomen flexibilisering in de arbeidsverhoudingen laten daarnaast zien dat het reeds zwaarwegende belang dat de werknemer heeft om door middel van werk in zijn levensonderhoud te voorzien steeds zwaarder gaat wegen.¹⁶¹ Naast het grondrecht om zijn werk vrij te kunnen kiezen, heeft de werknemer steeds een groter belang bij het kunnen maken van transitie op de arbeidsmarkt. Hij kan zo zelf in zijn levensonderhoud blijven voorzien en hij vergroot op die manier zijn inzetbaarheid. De wettelijke regeling van het concurrentiebeding – die uit 1907 stamt – biedt onvoldoende waarborgen dat het gebruik van het concurrentiebeding beperkt blijft tot die gevallen waarbij de belangen van de werkgever zwaarder wegen dan de belangen van de werknemer.

Er lijkt een beweging te zijn om de belemmeringen te verminderen die in dit opzicht kunnen bestaan wanneer werknemers transitie maken op de arbeidsmarkt. Zo is (opnieuw) een algemeen verbod op belemmeringen ingevoerd voor de ter beschikking gestelde arbeidskrachten – meestal uitzendkrachten en gedetacheerde werknemers: artikel 9a van de WAADI bepaalt dat elk beding in strijd met dit verbod nietig is.¹⁶² Dit verbod was in Nederland ruim tien jaar niet van kracht, maar het is in 2012 weer ingevoerd als uitvoering van de EU-Richtlijn 2008/104/EG (hierna: de Uitzendrichtlijn).¹⁶³ De Uitzendrichtlijn bepaalt dat de totstandkoming

¹⁵⁶ HR 31 maart 1977, NJ 1978, 325.

¹⁵⁷ Hieronder wordt hierop dieper ingegaan.

¹⁵⁸ Zie voor een overzicht C.J. Loonstra, 'Het nieuwe artikel 7:653 BW gewogen in het licht van artikel 19 lid 3 Grondwet', SMA 2005/2, p. 61; E. Verhulp, *Grondrechten in het Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 181.

¹⁵⁹ Zie naast de eerder genoemde verwijzingen recent bijv. C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014, p. 351-355; D.J. Buijs, 'Concurrentiebeding' in L.G. Verburg e.a. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818)*, Reeks VvA 41, Deventer: Kluwer 2014, p. 25-31.

¹⁶⁰ A.R. Houweling en C.J. Loonstra, 'Het concurrentiebeding in artikel 7:653 BW: welk regelingsmodel?', in Jacobs-bundel, p. 386-398.

¹⁶¹ Zie bijv. D.J.B. de Wolff, 'Concurrentiebeperking voldoende beperkt?' TRA 2010, 67.

¹⁶² Op grond van het tweede lid van art. 9a Waadi zijn slechts bedingen toegestaan op grond waarvan de inlener waar de uitzendkracht in dienst treedt een redelijke vergoeding verschuldigd is aan de uitlener voor diens verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, werving of opleiding van de werknemer.

¹⁶³ Het belemmeringsverbod was met de invoering van de Waadi per 1 juli 1998 geschrapt. Zie bijv. M.C. Koppen, 'Het concurrentiebeding en het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi', TAP 2013/2, p. 66-73.

van een arbeidsovereenkomst met de inlener niet mag worden belemmerd.¹⁶⁴ Ook is in het Sociaal Akkoord van 2013 het volgende afgesproken. 'Geen concurrentiebeding voor tijdelijke contracten, behalve voor specifieke gevallen waarvoor er een evidente motivering is'.¹⁶⁵ Door het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid wordt artikel 653 zodanig gewijzigd dat een concurrentiebeding bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd alleen mogelijk is indien uit het beding blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.¹⁶⁶ Deze beweging naar het wegnemen van belemmeringen moet worden doorgezet. Ik zou pleiten voor een uitbreiding van een soortgelijk verbod naar alle arbeidsovereenkomsten. Het uitgangspunt zou moeten zijn dat in de arbeidsovereenkomst *in beginsel* geen concurrentiebeding mag worden opgenomen. Een concurrentiebeding zou alleen gerechtvaardigd zijn indien uit de motivering van de werkgever blijkt dat een dergelijk beding noodzakelijk is ter bescherming van zwaarwegende en legitieme bedrijfs- of dienstbelangen, waarbij het willen verhinderen van concurrentie niet als een legitiem belang kan worden aangemerkt.¹⁶⁷ Een concurrentiebeding blijft dan mogelijk om de legitieme belangen van de werkgever te beschermen, maar een zorgvuldig gebruik ervan wordt met een algemene verbod bevorderd.¹⁶⁸

De werkgever kan de werknemer ook contractueel beperken om *naast* zijn werk andere betaalde werkzaamheden uit te oefenen. Dit soort bedingen komen vaak voor, waarbij in de meeste gevallen is bepaald dat de werknemer eerst toestemming nodig heeft van de werkgever alvorens hij nevenwerkzaamheden mag verrichten.¹⁶⁹ Ook deze bedingen kunnen de werkzekerheid en de ontplooiing van employability belemmeren. Van Drongelen en Lacroix, die meer dan 600 cao's hebben onderzocht en waarbij ze hebben vastgesteld dat 80% van die cao's het verrichten van nevenwerkzaamheden bevatten, stellen een wettelijke regeling voor waarbij geen ruimte is voor collectieve regelingen.¹⁷⁰ Mijns inziens is dit soort onderwerpen juist geschikt voor regelingen bij cao. Een zorgvuldig gebruik van belemmerende bedingen zou hier

164 Koppen meent dat het sluiten van overeenkomsten van bepaalde tijd nog steeds mag worden belemmerd, zie Koppen 2013, p. 70-71. Dit is een onjuiste opvatting. Uit de wetsgeschiedenis blijkt juist dat de nationale wetgever in de veronderstelling was dat met de herinvoering van het wettelijke belemmeringsverbod de 'oude situatie' zou herleven. Het belemmeringsverbod uit de Arbeidsvoorzieningswet was juist heel algemeen van aard en strekking. Ook is in de definitieve tekst van art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn niet opgenomen dat sprake moet zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het wel belemmeren van de totstandkoming van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zou ook zeer in strijd zijn met de strekking van art. 9a Waadi en de Uitzendrichtlijn, gezien het feit dat dergelijke overeenkomsten in Nederland zeer gewoon zijn.

165 StvdA 2013, p. 24.

166 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33818, nr. A, p. 4.

167 Zwaarwegend en legitiem belang kan zijn de bescherming van bedrijfsgeheimen.

168 In de wet zouden verder ook materiële vereisten moeten worden opgenomen en niet slechts formele, zoals nu het geval is. Zie ook A.R. Houweling en C.J. Loonstra, 'Het concurrentiebeding in artikel 7:653 BW: welk regelingsmodel?', in Jacobs-bundel, p. 386-398. Zij bouwen voort op het voorstel van Jacobs en Mattijsen uit 1995.

169 Ook absolute verboden komen (in cao's) voor, zie J. van Drongelen en S.E.H. Lacroix, *De vrijheid van arbeidskeuze en de regeling van nevenarbeid in collectieve arbeidsovereenkomsten*, Uitgeverij Paris 2012.

170 *Ibid.*, p. 130. Hun voorstel komt erop neer dat uitoefening van nevenwerkzaamheden standaard wordt beperkt. Dit lijkt me niet een wenselijk gevolg.

echter ook op zijn plaats zijn. De cao-partijen zouden bij het maken van dit soort afspraken steeds in ogenschouw moeten nemen dat ze beperkingen opleggen aan de uitoefening van het grondrecht op vrije arbeidskeuze, maar ook 'het recht op persoonlijke levenssfeer'.¹⁷¹

Werknemers kunnen voorts belemmeringen ondervinden bij transitie en dan met name bij vrijwillige transitie wanneer ze door de werkgever verplicht worden om de studiekosten terug te betalen die de werkgever tijdens het dienstverband heeft gemaakt. Soms wordt van de werknemers verlangd de loonkosten terug te betalen over de tijd dat ze scholing hebben mogen volgen. Dergelijke contractuele verplichtingen worden studiekostenbedingen genoemd. Dat dergelijke afspraken belemmerend kunnen werken, laat de volgende zaak bij de kantonrechter in Breda.¹⁷² De werknemer had tijdens haar dienstverband als orthopedagoog een opleiding gevolgd tot 'gezondheidszorg-psycholoog'. Haar werkgever had hieraan meegewerkt in die zin dat hij haar arbeidsuren had uitgebreid en haar heeft gedetacheerd bij een andere werkgever, waar ze een erkende opleidingsplaats had. De werkgever in kwestie had de opleiding echter niet bekostigd; dat had de werknemer zelf gedaan. De werkgever en de werknemer hadden met andere woorden gezamenlijk gewerkt aan het vergroten van werknemers inzetbaarheid. Na het afronden van de opleiding zegt de werknemer de arbeidsovereenkomst op. De rechter acht dit een kennelijk onredelijk ontslag, omdat daartoe geen 'dringende noodzaak' bestond. Hoewel het tot 'het ondernemingsrisico behoort dat werknemers hun opgedane ervaring elders willen benutten', acht de rechter het toch billijk dat de werknemer een vergoeding van ongeveer drie maandsalarissen aan de werkgever betaalt.

Rayer merkt terecht op dat studiekostenbedingen, maar ook een rechterlijke benadering van werknemers' mobiliteit als hierboven geïllustreerd, niet alleen mobiliteit op de arbeidsmarkt kunnen belemmeren, maar ook een obstakel kunnen zijn voor werknemers om scholing te volgen.¹⁷³ Ook over studiekostenbedingen ontbreekt een wettelijke regeling.¹⁷⁴ In de rechtspraak is in het kader van goed werkgeverschap een aantal eisen ontwikkeld waaraan een rechtsgeldig studiekostenbeding moet voldoen, maar deze eisen worden niet altijd consequent toegepast noch is er sprake van een consequente belangenafweging.¹⁷⁵ Voor alle bovenstaande bedingen geldt dat zij per definitie in het nadeel zijn van de werknemer. De werknemer tekent dergelijke overeenkomsten alleen om te mogen werken bij de werkgever. Vanwege de ongelijke onderhandelingspositie die meestal bestaat tussen de werkgever en de werknemer,¹⁷⁶ kunnen de meeste werkgevers dit soort overeenkomsten afdwingen.

171 D.J.B. de Wolff, 'Nevenbesognes. De arbeidsrechtelijke benadering van nevenarbeid door de werknemer voorzien van enkele kritische kanttekeningen', *SR* 2005/59.

172 Ktr. Breda 20 juni 2007, *JAR* 2007/254. Hier was sprake van een studiekostenbeding. Het bedrag had de werkgever al met het laatste salaris verrekend. Later vorderde de werkgever dus ook schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

173 C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014, p. 350.

174 Voor de vraag in hoeverre studiekostenbedingen in cao's voorkomen, zie hoofdstuk 6.

175 Zie bijv. N. Zekić, 'Het studiekostenbeding: Tijd voor een wettelijke regeling', *TRA* 2010/ 4, p. 5-10.

176 Zie over de ongelijkheid in arbeidsverhoudingen hoofdstuk 3.

2.5 Werkgelegenheid in de juridische context: werk als recht of werk als eigendom?

Hierboven is uiteengezet hoe naar cao's gekeken kan worden om te onderzoeken of en in hoeverre ze baan- of werkzekerheid (kunnen) regelen. Daarbij zijn meteen een aantal belemmeringen van mobiliteit op de arbeidsmarkt gesignaleerd. Ook hierover kunnen in cao's regelingen getroffen worden. Voordat echter dieper op de rol van de cao wordt ingegaan, is een nadere beschouwing van baan- en werkzekerheid nodig. Hebben zij een plaats in het (arbeids)recht en zo ja, welke plaats komt ze toe?

Het is niet eenvoudig baan- en werkzekerheid als hierboven gedefinieerd¹⁷⁷ te vertalen naar de juridische context. Het zijn in de eerste plaats geen juridische begrippen, in die zin dat ze als zodanig in wetsteksten te vinden zijn. In de literatuur worden ze inmiddels dikwijls gebruikt, maar meestal in het kader van actualiteiten waarbij een algemene juridische beschouwing van de begrippen zelden wordt gegeven.¹⁷⁸ In de tweede plaats impliceert het gedeelte 'zekerheid' in de juridische context snel een individueel afdwingbaar recht, een absoluut recht, terwijl in de beleids- en sociaaleconomische literatuur beide termen eerder verwijzen naar de grote mate van waarschijnlijkheid dat men (in de toekomst) zijn baan zal behouden, dan wel steeds werk zal kunnen vinden. Daarnaast zijn de termen duidelijk verbonden met het werkgelegenheidsvraagstuk, terwijl dit vraagstuk op het eerste gezicht niet een onderwerp lijkt te zijn waar het recht zich mee bezighoudt. Banen zijn immers voornamelijk in de private sector te vinden en de hoeveelheid beschikbare banen zal afhangen van de vraag naar en aanbod van betaald werk. Het recht – zowel begrepen als het complex van rechtsregels en rechtsgewoontes als een specifieke uitdrukking van rechtvaardigheid – lijkt daar op het eerste gezicht niet een grote rol te (kunnen) spelen.

Het recht houdt zich echter weldegelijk bezig met werkgelegenheid:¹⁷⁹ in de Nederlandse Grondwet bijvoorbeeld vinden we een bepaling over werkgelegenheid. Werkgelegenheid is dus geformuleerd in de vorm van een 'recht'. In het internationale recht wordt gesproken van een recht op arbeid ('a right to work'). Dit is dan ook het eerste en meest voor de hand liggende juridische kader waarbinnen baan- en werkzekerheid geplaatst kan worden. Een ander mogelijk kader biedt het recht op eigendom, een van de primaire subjectieve rechten in het privaatrecht.¹⁸⁰ Dat de baan als eigendom van de werknemer zou kunnen worden aangemerkt is een controversiële theorie en ligt om die reden veel minder voor de hand. De theorie is in dit kader echter interessant, omdat zij op het eerste gezicht juist een sterke claim voor

177 Baanzekerheid verwijst naar de continuïteit van het dienstverband, terwijl werkzekerheid naar de continuïteit van de loopbaan verwijst.

178 Zie bijv. M.S. Houwerzijl, 'Arbeidsmarktbeleid in het licht van de kredietcrisis: blijf positief', SMA 2008/9.

179 Zie bijv. M.C. Burkens, W. Driehuis en J. van den Doel, *Werkgelegenheid: recht of beleid?*, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij, 1979.

180 Asser/Scholten *Algemeen deel**, § 4 De aard van de rechtsregel.

baanzekerheid lijkt in te houden. Wanneer de baan de werknemer toebehoort als zijnde zijn of naar analogie van eigendom, dan kan die werknemer baanzekerheid hebben, omdat *hij* – en niet de werkgever – over de baan ‘beschikt’. Beide kaders worden hieronder geschetst, waarna kan worden verkend wat hun betekenis kan zijn voor een juridische opvatting van werkzekerheid en baanzekerheid.

2.5.1 *Recht op arbeid als grondrecht*¹⁸¹

De Nederlandse overheid spreekt zich uit – in samenwerking met de sociale partners – werkzekerheid te (willen) bieden.¹⁸² Betoogd zou echter kunnen worden dat de overheid ook verplicht is om dit te doen. In geen van de staten met een markteconomie bestaat een subjectief recht op arbeid jegens de staat in die zin dat de overheid een arbeidsplaats garandeert; de verdeling van arbeidsplaatsen verloopt immers in beginsel volgens vraag en aanbod. Toch hebben vele staten, waaronder Nederland, zich gecommitteerd aan ‘het recht op arbeid’ als sociaal grondrecht. Zo staat in de Universele verklaring van de rechten van de mens (UVRM) van de Verenigde Naties uit 1948 dat iedereen recht heeft op werk.¹⁸³ Recht op arbeid is ook één van de economische en sociale mensenrechten zoals opgesomd in het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR).¹⁸⁴ Artikel 6 van het IVESCR luidt als volgt.

1. De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht op arbeid, hetgeen insluit het recht van een ieder op de mogelijkheid in zijn onderhoud te voorzien door middel van vrijelijk gekozen of aanvaarde werkzaamheden; zij nemen passende maatregelen om dit recht veilig te stellen.
2. De door de Staat die partij is bij dit Verdrag te nemen maatregelen ter volledige verwezenlijking van dit recht, dienen onder meer te omvatten technische programma's, programma's voor beroepskeuzevoorlichting en opleidingsprogramma's, alsmede het voeren van een beleid en de toepassing van technieken gericht op de gestadige groei van de economische, sociale en culturele ontwikkeling en op het scheppen van volledige gelegenheid tot het verrichten van productieve arbeid onder omstandigheden die de individuele mens het genot waarborgen van de fundamentele politieke en economische rechten.

Verschillende Verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie (International Labour Organization: ILO) worden gezien als een uitwerking van het recht op arbeid, hoewel in de Verdragen zelf niet expliciet aan het recht op arbeid wordt gerefereerd¹⁸⁵

181 Delen van deze paragraaf zijn eerder verschenen in een gezamenlijke publicatie met M. Houwerzijl in de vorm van commentaar op artikel 19 van de Grondwet op de website www.nederlandrechtstaat.nl.

182 Brief van de minister van SZW aan de Tweede Kamer over de resultaten van het sociaal overleg, *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 566, nr. 15, p. 1.

183 Art. 23 UVRM: ‘Everyone has the right to work’.

184 Aangenomen in 1966, in werking getreden in 1976.

185 Wel in het eerste artikel van de ILO-Aanbeveling nr. 169: The promotion of full, productive and freely chosen employment provided for in the Employment Policy Convention and Recommendation, 1964, should be regarded as the means of achieving in practice the realisation of *the right to work*.

en geen enkele ILO-Verdrag het recht op arbeid zelf vastlegt.¹⁸⁶ ILO-Verdrag nr. 122 betreffende het werkgelegenheidsbeleid dat het voeren van een actief beleid om volledige productieve en vrij gekozen werkgelegenheid te bereiken voorschrijft evenals ILO-Verdrag nr. 168, sluiten goed aan bij het recht op arbeid als grondrecht.¹⁸⁷ De Raad van Europa erkent het recht op arbeid wel expliciet als een (belangrijk) mensenrecht. In het Europees Sociaal Handvest (ESH) uit 1961¹⁸⁸ krijgt het recht op arbeid een prominente rol in het eerste artikel. De verdragsluitende staten hebben zich daar verbonden om een ieder in staat te stellen in zijn onderhoud te voorzien door werkzaamheden die hij vrijelijk heeft gekozen. Ook in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is een versie van dit recht te vinden.¹⁸⁹

Het recht op arbeid heeft ook een plaats in verschillende nationale constituties. In de Nederlandse Grondwet heeft het recht op arbeid pas vrij laat een weerslag gevonden, namelijk bij de grondwetsherziening van 1983. Artikel 19 van de Grondwet luidt als volgt.

1. Bevordering van voldoende werkgelegenheid is voorwerp van zorg der overheid.
2. De wet stelt regels omtrent de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en omtrent hun bescherming daarbij, alsmede omtrent medezeggenschap.
3. Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld.

Bij de formulering van dit recht is uitdrukkelijk gekozen voor een inspanningsverplichting voor de overheid op dit gebied. Verder is gekozen om niet 'volledige werkgelegenheid' als doelstelling op te nemen, zoals in verschillende ILO-Verdragen staat, maar 'voldoende werkgelegenheid' als doelstelling in de Grondwet op te nemen.¹⁹⁰ Het is dan ook wellicht juister om te beweren dat niet het recht op arbeid 'in algemene zin', maar *elementen* van dat recht in onze Grondwet terug te vinden zijn.¹⁹¹ De formulering in de Grondwet is in ieder geval evident 'zwakker' dan de formulering in de meeste internationale verdragen.

Ook met een 'sterke' formulering – 'de Staat erkent het recht op arbeid' bijvoorbeeld – krijgt het recht op arbeid echter relatief weinig aandacht in de literatuur en de

186 M. I. van Dooren, *Recht op arbeid vrij van rassendiscriminatie*, diss. Tilburg, 1997, p. 48-49. Volgens Van Dooren is het een gemis dat het recht op arbeid als zodanig nooit in een conventie is vastgelegd, aangezien de ILO meer en meer op het terrein van de rechten van de mens is terechtgekomen.

187 Zie over deze verdragen in het kader van het recht op arbeid, F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context*, Deventer: Kluwer 2007, p. 72-74.

188 Herzien in 1996, maar artikel 1 is ongewijzigd gebleven. Door Nederland bekrachtigd in 1980.

189 Eerste lid van artikel 15 van het EU-Handvest luidt als volgt. 'Eenieder heeft het recht te werken en een vrijelijk gekozen of aanvaard beroep uit te oefenen'. Belangrijk is hier echter op te merken dat een recht *om* te werken anders is dan een recht op werk. Dit recht om te werken moet dan ook primair in verband het vrij verkeer van werknemers worden gezien. Het tweede lid van artikel 15 regelt dan ook het recht om werk te zoeken en diensten te verrichten in iedere lidstaat van de Unie. Vlg. D. Ashiagbor, 'The Right to Work', in G. de Burca en B. de Witte (red.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press 2005, p. 242-244.

190 *Kamerstukken II 1976/77*, 13 873, nr. 7, p. 12.

191 Zie ook M. I. van Dooren, *Recht op arbeid vrij van rassendiscriminatie*, diss. Tilburg, 1997, p. 60-61.

rechtspraak.¹⁹² Dit is evenwel verwonderlijk gezien het belang dat aan dit principe wordt toegedicht.¹⁹³ De geringe aandacht komt waarschijnlijk vanwege het feit dat, zoals ook uit de bewoordingen in de Nederlandse Grondwet blijkt, de norm geen garantie op een arbeidsplaats inhoudt.¹⁹⁴ Recht op arbeid behoort tot de categorie 'sociale grondrechten' waar de burgers – naar wordt aangenomen – geen rechtsreeks beroep op kunnen doen.¹⁹⁵ Hoewel de verdeling in klassieke en sociale grondrechten¹⁹⁶ inmiddels als tamelijk conservatief bestempeld kan worden en een strikte scheiding van de grondrechten op die manier niet altijd mogelijk is,¹⁹⁷ wordt met betrekking tot het recht op arbeid de volgende opvatting toch breed gedragen: deze norm houdt geen garantie of een subjectief recht op arbeid in, maar een inspanningsverplichting voor de staat.¹⁹⁸ Die verplichting komt kort gezegd neer op het voeren van een werkgelegenheidsbeleid zodat er voldoende banen zijn voor iedereen. Recht op arbeid als grondrecht zou voor sommige groepen in de samenleving inhoudelijk aan gewicht kunnen winnen wanneer de overheid quota zou instellen. Het recht gaat dan meer inhouden dan enkel een algemene inspanningsverplichting voor de overheid om een werkgelegenheidsbeleid naar eigen keuze te hanteren. Er ontstaat in dat geval echter nog steeds geen individueel recht op een werkplek, omdat bij niet naleving van een quotum geen individuele vordering mogelijk is. De overheid sanctioneert de niet naleving door strafrechtelijke of bestuursrechtelijke middelen.¹⁹⁹

Als het recht op arbeid geen recht op een baan biedt, wat houdt het dan wel in en welke implicaties kan deze juridische norm hebben voor de verdere ontwikkelingen van het werkzekerheidsdiscours? Sommige juristen komen tot de conclusie dat het recht op arbeid slechts een aspiratie is, een wens of een beleidsdoelstelling, en daarmee in feite 'nauwelijks concrete betekenis' heeft of zelfs misschien helemaal geen *recht* genoemd kan worden.²⁰⁰ Het is waar dat de kwalificatie van het recht op

192 G. Mundlak, 'The Right to Work – The Value of Work', in D. Barak-Erez en A.M. Gross (red.) *Exploring Social Rights. Between Theory and Practice*, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 341.

193 Zie de volgende alinea.

194 HR 26 maart 1965, NJ 1965, 163, m.nt. G.J. Scholten, Rb. 's-Gravenhage 19 december 1980, NJCH 1981, p. 412; Rb. 's-Gravenhage 21 januari 1982, NJ 1984, 487.

195 Zie bijv. A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten; een grondrechtelijke en rechtsvergelijkende analyse*, Deventer: Kluwer 2000, p. 54.

196 Klassieke grondrechten geven de fundamentele vrijheden van burgers weer en leggen een plicht op de overheid om terughoudendheid te betrachten bij inmenging in die vrijheden (een negatieve verplichting). Sociale grondrechten omvatten een positieve verplichting in voor de overheid om actie te ondernemen om een zodanige situatie te creëren dat eenieder zich in vrijheid kan ontplooien.

197 Vlg. G. Maes, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen: Intersentia 2003; E.M.H. Hirsch Ballin, 'Hoofdstuk 1 – Grondrechten', in: *Nederland Rechtsstaat, wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet*, 2013, www.nederlandrechtsstaat.nl.

198 Dit is hoe vrijwel alle rechtsgeleerden de norm interpreteren. Zie bijv. M.I. van Dooren, *Recht op arbeid vrij van rassendiscriminatie*, diss. Tilburg, 1997, p. 53; A.T.J.M. Jacobs, 'Recht op arbeid; recht op billijke arbeidsvoorwaarden; recht op sociale zekerheid', in: J.M. Van der Ven e.a., *Het Europees Sociaal Handvest*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 74.

199 B. Hepple, 'A right to work?' *Industrial Law Journal* 1981 vol. 10, nr. 1, p. 73-74.

200 P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Tekst en Commentaar Grondwet* (commentaar bij artikel 19), Deventer: Kluwer 2010; M. Risse, 'A right to Work? A Right to Leisure? Labor Rights as Human Rights' *Law & Ethics of Human Rights* 2009 vol. 3, nr. 1, p. 11; vgl. ook G. Maes, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 5 en 6 en de literatuurverwijzingen aldaar.

arbeid als *mensenrecht* regelmatig wordt aangevochten,²⁰¹ maar dat het recht op arbeid als *juridische norm* bestaat, staat mijns inziens buiten kijf. Het recht is binnen het domein van sociale grondrechten bovendien één van de belangrijkste rechten. Samen met het recht op billijke arbeidsvoorwaarden en het recht op sociale zekerheid vormt het recht op arbeid de grondslag van ons sociale stelsel of, zoals Jacobs het stelt, 'het casco van ons maatschappelijk gebouw'.²⁰² Het recht op arbeid wordt door velen gezien als een sleutelrol in elk arbeidsrechtelijk systeem of als een 'Grundnorm' waaruit de meeste andere rechten op het gebied van arbeid en sociale zekerheid voortvloeien.²⁰³ Het bestaan van de juridische norm 'recht op arbeid' heeft ertoe geleid dat deze – vooral in de internationale verdragen – zo gedetailleerd is uitgewerkt dat daaruit weldegelijk duidelijke implicaties voor het overheidsbeleid kunnen worden afgeleid.

2.5.1.1 *De implicaties van het recht op arbeid voor werkgelegenheidsbeleid gericht op werkzekerheid*

Uit de hierboven aangehaalde bronnen blijkt dat het recht op arbeid twee hoofdaspecten kent: het houdt ten eerste in dat de overheid moet streven naar voldoende werkgelegenheid en ten tweede dat er vrije keuze van arbeid moet zijn.²⁰⁴ Een taak voor de overheid om een werkgelegenheidsbeleid te voeren is dus niet het enige wat recht op arbeid als juridische norm inhoudt. De Grondwet bijvoorbeeld verleent *in hetzelfde kader* ook een recht op vrije keuze van arbeid. Ook in de internationale verdragen is de inspanningsverplichting op het gebied van werkgelegenheid steeds gekoppeld aan de vrije keuze van arbeid (free choice of employment). Dit tweede aspect (de vrije arbeidskeuze) heeft duidelijke implicaties en kan belangrijkere gevolgen hebben voor het overheidsbeleid.²⁰⁵ In de literatuur wordt dit aspect vaak apart (van het recht op arbeid) behandeld. Dit heeft waarschijnlijk te maken met het feit dat dit onderdeel doorgaans wel tot de klassieke grondrechten wordt gerekend, aangezien het als een 'afweerrecht' of een 'vrijheidsrecht' is geformuleerd, wat weer inhoudt dat het wel in rechte afdwingbaar is.²⁰⁶ De twee aspecten zijn echter sterk met elkaar verbonden.

In tegenstelling tot wat meestal aangenomen wordt, kan ook het eerste aspect, het streven naar volledige werkgelegenheid, duidelijke implicaties hebben voor het

201 Zie bijv. H. Collins, 'Theories of Rights as Justifications for Labour Law', in G. Davidov and B. Langille (eds), *The Idea of Labour Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 137-155.

202 A.T.J.M. Jacobs, 'Recht op arbeid; recht op billijke arbeidsvoorwaarden; recht op sociale zekerheid', in: J.M. Van der Ven e.a., *Het Europees Sociaal Handvest*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 71. Zie ook bijv. D. Ashiagbor, 'The Right to Work', in G. de Burca en B. de Witte (red.) *Social Rights in Europe*, Oxford University Press 2005, p. 244.

203 Zie bijv. het Verslag van het discussieforum betreffende het Groenboek Modernisering Arbeidsrecht, gehouden op 1 en 2 februari 2007 te Leuven – Tilburg, in *Arbeid Integraal* 2007/1 p. 159.

204 Zie bijv. M.I. van Dooren, *Recht op arbeid vrij van rassendiscriminatie*, diss. Tilburg, 1997, p. 51.

205 Zie uitgebreider over het recht op vrije arbeidskeuze bijv. M. Houwerzijl en N. Zekić, 'Artikel 19 – Werkgelegenheid en arbeidskeuze', in: *Nederland Rechtsstaat, wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet*, 2013, www.nederlandrechtsstaat.nl.

206 E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Reeks VvA 28, Deventer: Kluwer 1999, p. 8-9.

overheidsbeleid vooral wanneer de internationale bronnen in aanmerking worden genomen. In het eerste artikel van het ESH en in artikel 6 van het IVESCR is het recht op arbeid het meest uitgebreid uitgewerkt. Hoewel het hier weliswaar geen een ieder verbindende bepalingen betreft en de bepalingen dientengevolge niet door de burger inroepbaar zijn, kunnen zij wel het juridisch kader bieden voor beschouwingen over werkzekerheid en haar mogelijke gevolgen voor het arbeidsrecht.²⁰⁷

Het Europees Comité voor Sociale Rechten dat conclusies uitbrengt over de mate waarin landen het Europees Sociaal Handvest naleven heeft in zijn eerste conclusie naar voren gebracht dat het recht op arbeid van fundamentele betekenis is voor het realiseren van een aantal andere grondrechten uit het Handvest, zoals het recht op billijke arbeidsvoorwaarden (artikel 2), het recht op veilige en hygiënische arbeidsomstandigheden (artikel 3), het recht op adequate beloning (artikel 4) en het recht op vrijheid van vereniging en collectief onderhandelen (artikel 5 en 6).²⁰⁸ Het recht op arbeid is met andere woorden verbonden met of dient als basis voor een aantal andere fundamentele arbeidsrechten. Aangezien de rechten voorzien in het ESH als minimumnormen moeten worden beschouwd, benadrukt dit des te meer het belang van het recht op arbeid als juridische norm.

Het VN-Comité inzake economische, sociale en culturele rechten dat belast is met toezicht op de implementatie van het IVESCR, heeft in 2005 een interpretatie gegeven van het recht op arbeid in de vorm van een 'General Comment'.²⁰⁹ Net als het Europese Comité voor Sociale Rechten benadrukt ook dit Comité dat het recht op arbeid 'geen absoluut en onvoorwaardelijk recht op werk' geeft. De vraag welke specifieke juridische implicaties het recht wel heeft, beantwoordt het Comité door het recht te specificeren als een recht op gelijke toegang tot werk van bepaalde kwaliteit, wat in het Engels aangeduid wordt als *decent work*.²¹⁰ Het Comité brengt naar voren dat de overheid in haar werkgelegenheidsbeleid gericht op verwezenlijking van het recht op arbeid ook maatregelen dient te nemen om de *kwaliteit* van arbeid te waarborgen. Dat betekent in de eerste plaats dat op het werk fundamentele mensenrechten beschermd moeten worden. De 'mentale en fysieke integriteit' van degenen die werken moet worden gerespecteerd. Daarnaast heeft kwaliteit van arbeid betrekking op billijke arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, zoals een billijk minimumloon, veilige en hygiënische arbeidsomstandigheden, gelijke kansen op bevordering en redelijke duur van de werktijd (rustpauzes en vrije tijd inbegrepen), en op de vrijheid van vakvereniging en medezeggenschap.²¹¹

207 De Nederlandse overheid heeft immers beide verdragen geratificeerd.

208 Raad van Europa, Europees Comité voor Sociale Rechten, *Conclusion I*, 1969, p. 13.

209 Het betreft hier General Comment nummer 18, 'The Right to Work', aangenomen op 24 november 2005, *UN Doc. E/C.12/GC/18*, 2005.

210 Het Comité verwijst daarbij naar een groot aantal ILO-Verdragen die betrekking heeft op 'decent work'.

211 General Comment nr. 18 van het Comité ECSR, *UN Doc. E/C.12/GC/18*, 2005 p. 3.

Naast de normatieve implicatie dat het werk van bepaalde kwaliteit moet zijn, brengt het recht op arbeid nog een verplichting mee voor de overheid. Het Comité preciseert het recht op arbeid ook als het recht om niet op 'een oneerlijke manier onthouden te worden van werk'.²¹² Het Comité verwijst daarbij naar het ILO-Verdrag nr. 158 dat een 'redelijke grond' voor ontslag vereist en het recht geeft op beroep tegen onredelijk ontslag.²¹³ Het recht op bescherming tegen onredelijk ontslag is ook in het Europees Sociaal Handvest opgenomen.²¹⁴ Bescherming tegen onredelijk ontslag zou ook onder de term 'kwaliteit van arbeid' kunnen vallen, maar het Comité noemt dit aspect verschillende keren en uitdrukkelijk als een aparte normatieve implicatie. Ook in de literatuur wordt vaak aangenomen dat het recht op arbeid bescherming tegen onredelijk ontslag met zich brengt.²¹⁵ Het recht op arbeid wordt immers ernstig beperkt wanneer een eenmaal aangegane arbeidsverhouding op een willekeurig moment en zonder redelijke grond weer verbroken kan worden.²¹⁶

Het recht op arbeid geeft dus geen recht op een baan, maar het heeft wel normatieve implicaties voor de regulering van de arbeidsrelatie.²¹⁷ Voor de staat vloeit uit het recht op arbeid in de eerste plaats een verplichting voort om een werkgelegenheidsbeleid te voeren zodat er voldoende banen zijn voor iedereen. Voldoende werkgelegenheid is echter een publiek belang dat inmiddels zo vanzelfsprekend is, dat een grondrechtelijke verankering bijna niet nodig lijkt. Toch strekt de normatieve rol van het recht op arbeid verder. De staat heeft de verplichting om naast voldoende werkgelegenheid ook een bepaalde mate van kwaliteit van die banen te waarborgen en de arbeidsrelatie zo in te richten dat de werknemer beschermd is tegen onredelijk ontslag. Beleid dat *enkel* is gericht op meer werkgelegenheid ook wanneer dat ten koste gaat van de kwaliteit van banen, kan men zelfs kunnen omschrijven als een ondermijning van het recht op arbeid.²¹⁸ Verplichtingen die voortvloeien uit bijvoorbeeld het IVESCR brengen voor Nederland mee dat degressieve maatregelen die het bestaande niveau van grondrechten verminderen alleen onder strikte voorwaarden zijn toegestaan waarbij de beschikbare middelen zorgvuldig afgewogen moeten worden in het licht van alle rechten en doelen die het IVESCR nastreeft.²¹⁹

212 'The right not to be unfairly deprived of employment.'

213 ILO, *Termination of Employment*, 1982. Nederland heeft dit verdrag niet geratificeerd.

214 Art. 4, 24 en 29 ESH. Deze artikelen zijn door Nederland geratificeerd.

215 Vlg. A. Ojeda Avilés en J. García Viña, 'Regulation of the Labour Market', in B. Hepple en B. Veneziani (eds.) *The Transformation of Labour Law in Europe*, 2009 p. 61; J. Rojot, *Security of Employment and Employability*, in R. Blanpain (ed), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, The Hague: Kluwer Law International 2010, p. 461.

216 M.I. van Dooren, *Recht op arbeid vrij van rassendiscriminatie*, diss. Tilburg, 1997, p. 58.

217 Vlg. L.F.M. Besselink, 'De publieke taak en de sociale grondrechten; de betrekkelijke waarde van sociale grondrechten' in *De publieke taak: staatsrechtconferentie 2002*, Vrije Universiteit Amsterdam 2003, p. 95-111.

218 Vlg. D. Ashiagbor, 'The Right to Work', in G. de Burca en B. de Witte (red.) *Social Rights in Europe*, Oxford University Press 2005, p. 248.

219 General Comment nr. 3 van het Comité ECSR, 'The nature of the States parties obligations', *UN Doc. E/C.12/GC/3*, 1998 p. 85.

2.5.1.2 Recht op arbeid in horizontale verhoudingen

Zoals hierboven is gebleken heeft het recht op arbeid in de eerste plaats betrekking op de zorgplicht van de overheid ten opzichte van haar burgers, wat als een verticale verhouding wordt voorgesteld. De burger kan verwachten dat de overheid een werkgelegenheidsbeleid voert dat gericht is op volledige of voldoende werkgelegenheid en dat zij de kwaliteit van banen waarborgt. De burger mag ook op grond van het recht op arbeid van de overheid verwachten dat zij stappen onderneemt om hem te beschermen tegen onredelijk ontslag.²²⁰ Het recht op arbeid als sociaal grondrecht in de vorm van overheidszorgplicht is echter niet in rechte inroepbaar.²²¹ Wanneer de overheid nalaat aan deze verplichtingen te voldoen, wordt de vraag relevant of het recht op arbeid ook in horizontale verhoudingen (dus tussen particulieren) ‘werkt’, zodat de burger – en in dit verband is het beter over de werknemer te spreken – zich rechtstreeks op dit recht kan beroepen wanneer hij bijvoorbeeld zonder een geldige reden ontslagen wordt. Daarnaast is in de context van dit onderzoek de vraag van belang of het recht op arbeid enige implicaties voor cao-partijen heeft.

Het recht op arbeid zelf zoals uitgewerkt in de genoemde internationale verdragen zwijgt over de rol van de cao-partijen of de rol van de werkgever in dezen. Het IVESCR noemt wel de vrijheid van vakvereniging en het recht van de vakbonden om vrij te opereren als ‘de collectieve dimensie van het recht op arbeid’.²²² Recht op arbeid impliceert dus ook de vrijheid van vakvereniging, maar geeft verder geen aanknopingspunten voor de rol die de vakbonden kunnen vervullen in de realisatie van het recht op arbeid.²²³ Net als andere sociale grondrechten richt dit recht zich primair tot de staat. Wat het recht op arbeid in particuliere verhoudingen betekent, zal dus in de eerste plaats afhankelijk zijn van de wijze van implementatie van dit sociale grondrecht door de wetgever. De te treffen voorzieningen kunnen verplichtingen inhouden voor burgers, in het bijzonder voor (potentiële) werkgevers.²²⁴ Bij de bewerkstelling van het doel van voldoende werkgelegenheid kan de overheid immers niet zonder de steun van de sociale partners, maar ook niet zonder de steun van werkgevers. Die medewerking is zelfs van cruciaal belang, nu we de meeste arbeidsplaatsen immers in de private sector vinden.²²⁵ Vooral wanneer we ons realiseren dat het recht op arbeid niet alleen een verplichting voor de staat inhoudt om een werkgelegenheidsbevorderend beleid te voeren, maar ook een verplichting toe te zien op de kwaliteit van de beschikbare banen, dan kan de overheid niet anders dan de werkgevers hierin te betrekken. Werkgelegenheidsbeleid en het arbeidsrecht zijn daarmee met elkaar verbonden. In de Nederlandse context is dit zelfs expliciet te zien in de opbouw van

220 In de zin van uitvaardiging en handhaving van ontslagrecht, inclusief de garantie dat er een (toegankelijke en functionerende) (arbeids)rechter is.

221 P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Tekst en Commentaar Grondwet* (hoofdstuk 1, inleidende opmerkingen) Deventer: Kluwer 2010. Dit geldt niet voor artikel 19 lid 3 Grondwet (vrijheid van arbeidskeuze).

222 Zie art. 8 IVESCR en General Comment van the right to work.

223 Het Comité van Deskundigen van de ILO heeft in 2006 Nederland erop gewezen de sociale partners (meer) bij het werkgelegenheidsbeleid te betrekken, zie F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context*, Deventer: Kluwer 2007, p. 73-74.

224 Burkens 1979, p. 11-12.

225 Hendriks 2000, p. 64.

artikel 19 van de Grondwet. Waar het eerste lid de verplichting om de werkgelegenheid te bevorderen vastlegt, houdt het tweede lid een opdracht in voor de overheid om de rechtspositie van hen die arbeid verrichten bij wet te regelen.²²⁶ Hieruit kunnen we afleiden dat de maatregelen die de overheid treft om werkgelegenheid te bevorderen niet kunnen worden gezien als volledig losstaand van het arbeids (overeenkomsten)recht. De eigenlijke verplichting voor de realisatie van het grondrecht op arbeid blijft evenwel bij de staat.

Komt echter het recht op arbeid zelf een 'horizontale werking' toe, dus onafhankelijk van de manier waarop de overheid het recht implementeert? In de rechtsleer zijn ten aanzien van de horizontale werking van grondrechten grofweg twee opvattingen te onderscheiden. Aan de ene kant staat de opvatting dat de doorwerking van de grondrechten alleen op *indirecte* manier kan gebeuren. Aan de andere kant staat de opvatting dat sociale grondrechten ook *directe* werking kunnen hebben in horizontale verhoudingen.²²⁷ De eerste opvatting houdt in dat een sociaal grondrecht in particuliere verhoudingen slechts ingebracht kan worden via zogenoemde vage of open privaatrechtelijke normen, als 'redelijkheid en billijkheid'. De rechter laat zich dan bij de interpretatie van deze open normen onder meer leiden door beginselen welke aan de grondrechten te grondslag liggen. Hij gebruikt de grondrechten dan om de open juridische begrippen als de redelijkheid en billijkheid, maar ook de 'goede trouw' en de 'maatschappelijke zorgvuldigheid', in te kleuren of te concretiseren. Dit wordt ook 'reflexwerking' van de grondrechten genoemd; de sociale grondrechten 'werken' in deze opvatting dus alleen indirect via vage juridische normen. Het tweede standpunt (dat sociale grondrechten ook directe werking kunnen hebben) wordt soms ondersteund door het argument dat de verhouding tussen een werkgever en een werknemer niet horizontaal is, maar eerder verticaal, wat de directe werking van dit (sociale) grondrecht zou rechtvaardigen.²²⁸ Wanneer we echter naar de (arbeidsrechtelijke) jurisprudentie kijken dan kunnen we concluderen dat deze tweede werking van grondrechten in beginsel niet erkend wordt. Het is zelfs de vraag of de rechter in Nederland de *indirecte* werking van sociale grondrechten erkent: de (sociale) grondrechten spelen een zeer ondergeschikte rol in de rechtspraak.²²⁹

In horizontale verhoudingen zou het recht op arbeid in drie situaties kunnen doorwerken.²³⁰

- (a) wanneer zich een mogelijkheid tot indienstneming respectievelijk (de vrij keuze tot) indiensttreding voordoet;
- (b) tijdens een reeds bestaande dienstbetrekking, als het erom gaat daadwerkelijk de overeengekomen arbeid te kunnen verrichten;

226 Dit betekent overigens dus niet alleen de rechtspositie van werknemers.

227 Zie bijv. M.I. van Dooren, *Recht op arbeid vrij van rassendiscriminatie*, diss. Tilburg, 1997, p. 129.

228 Bijv. M.G. Rood, Over grondrechten in dienstbetrekking en hun grenzen, in P.B. Cliteur en A.P.J.M. Vonken (red.), *Doorwerking van mensenrechten*, Wolters Noordhoff: Groningen 1993, p. 125.

229 Zie o.m. F.M.C. Vlemminx, 'Onze tandeloze sociale grondrechten in het licht van twintig jaar EVRM', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 233-234.

230 Naar B. Hepple, 'A right to work?' *Industrial Law Journal* 1981 vol. 10, nr. 1, p. 73.

- (c) bij een conflict over einde respectievelijk behoud van een reeds bestaande dienstbetrekking, inclusief het recht om weer het werk te hervatten in het geval van een onrechtmatig ontslag.

Over de eerste situatie, voor zover het gaat om een recht op indienstneming – is hierboven al enige keren opgemerkt dat dit grondrecht niet betekent dat een sollicitant ten opzichte van een werkgever een recht op een arbeidsbetrekking kan afdwingen. Als het om indienstneming gaat, geldt in beginsel volledige contractsvrijheid (in het Engels wordt dit als ‘managerial freedom’ geduid). Er is echter wel één grote beperking op de contractsvrijheid²³¹ en dat is niet het recht op arbeid maar het beginsel van gelijke behandeling. In hoeverre dit beginsel de contractsvrijheid echt beperkt (of alleen verbiedt bepaalde overwegingen bij indienstneming te hanteren), is maar de vraag. Dit zou anders zijn wanneer wetten ingevoerd worden die bepaalde quota aan bedrijven opleggen.

Als het gaat om vrijheid van arbeidskeuze in horizontale verhoudingen komt het eerdergenoemde concurrentiebeding en eventueel het verbod op nevenarbeid in beeld. Met dit soort bedingen in de individuele arbeidsovereenkomst beperkt de werkgever de werknemer in zijn vrijheid om bij een ander of als zelfstandige te gaan werken. Door de regeling van het concurrentiebeding in artikel 7:653 heeft de wetgever gepoogd deze spanning tussen enerzijds het grondrecht op vrije arbeidskeuze en anderzijds de bescherming van de werkgever van diens bedrijfsbelangen op te heffen.²³² De heersende mening in de literatuur is echter, zoals hierboven is toegelicht, dat de balans in dit geval in het voordeel van de werkgever uitvalt en dat de wettelijke regeling van het concurrentiebeding in artikel 7:653 BW te veel ruimte laat voor de werkgever om een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen en dat daarmee het grondrecht op vrije arbeidskeuze te veel wordt beperkt.²³³

Ook in de derde situatie – bij een conflict over het behoud van een dienstbetrekking – erkennen sommige auteurs de horizontale werking van het recht op arbeid, althans voor zover er concrete normen, zoals het recht op ontslagbescherming, daaruit afgeleid kunnen worden. Het recht op arbeid zou in de relatie tussen werkgever en werknemer doorwerken in die zin dat er een recht op bescherming tegen (onredelijk) ontslag ontstaat in de situatie die hierboven onder c beschreven staat. Deze auteurs

231 Er is ook een aantal wettelijke verbodsregelingen van kracht, zoals verbod op kinderarbeid, of het verbod van tewerkstelling van derdelanders, behoudens vergunning. Deze regelingen richten zich op het niet mogen aangaan van een arbeidsovereenkomst. Zie ook F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context*, Deventer: Kluwer 2007, p. 56-60.

232 E. Verhulp, ‘Commentaar bij art. 7:653 BW’, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*.

233 Zie voor een overzicht C.J. Loonstra, ‘Het nieuwe artikel 7:653 BW gewogen in het licht van artikel 19 lid 3 Grondwet’, *SMA* 2005/2, p. 61; E. Verhulp, *Grondrechten in het Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 181; A.R. Houweling en C.J. Loonstra, ‘Het concurrentiebeding in artikel 7:653 BW: welk regelingsmodel?’, in Jacobs-bundel, p. 386-398.

typeren de ontslagbescherming dan vaak als de civielrechtelijke of de arbeidsrechtelijke kant van het recht op arbeid.²³⁴ Ook Heerma van Voss meent dat het recht op bescherming tegen ontslag te beschouwen is als een in de relatie tussen werkgever en werknemer optredende werking van het recht op arbeid.²³⁵ Het recht op arbeid vormt daarmee de rechtsgrond voor de bescherming van de werknemer tegen ontslag.²³⁶ Recht op arbeid als het recht om in dienst te *blijven* is echter op die manier nooit door de rechter geïnterpreteerd, ook niet om op die manier het goed werkgeverschap verder in de kleuren. Als zodanig is het (waarschijnlijk) ook nooit aan de rechter voorgelegd, aangezien we in Nederland een uitgebreid ontslagrecht hebben. Zolang er inderdaad (uitgebreide) ontslagwetgeving bestaat, zal de vraag of het recht op arbeid in horizontale verhoudingen betekent dat de werknemer beschermd wordt tegen ontslag, ook van ondergeschikt belang blijven.

Het recht op arbeid heeft in de Nederlandse rechtspraak inderdaad al een aantal keren een rol gespeeld, maar niet zozeer als een fundamenteel recht van de mens, maar eerder als een duiding van een specifiek belang van de werknemer, namelijk het recht om, *wanneer eenmaal in dienst*, daadwerkelijk de overeengekomen arbeid te verrichten. Dit is de tweede situatie uit het bovenstaande overzicht. Voorbeelden zijn schorsing, op non-actiestelling in afwachting van de ontslagvergunning of situaties waarin er (tijdelijk) niet voldoende werk is in het bedrijf, maar de werkgever de goede werknemers toch wil behouden. De Hoge Raad heeft herhaaldelijk geoordeeld dat een werknemer een dergelijk algemeen recht op arbeid (of beter: recht op tewerkstelling) niet heeft.²³⁷ Mits hij voldoet aan zijn verplichting om het salaris door te betalen, staat het een werkgever in beginsel vrij om geen gebruik te maken van de arbeid van een werknemer. Wel wordt vaak in de lagere rechtspraak toch een redelijke grond vereist voor het niet tewerkstellen van de werknemer, wat dikwijls een belangenafweging meebrengt.²³⁸

2.5.2 Baan of werk als eigendom van de werknemer

Eigendom is een (belangrijk) juridisch concept, maar baan als eigendom van de werknemer is zoals eerder opgemerkt een controversiële theorie, die in de literatuur

234 Zie bijv. M.I. van Dooren, *Recht op arbeid vrij van rassendiscriminatie*, diss. Tilburg, 1997, p. 66; M.C. Burkens, W. Driehuis en J. van den Doel, *Werkgelegenheid: recht of beleid?*, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij, 1979, p. 11.

235 G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, diss. 1992, Deventer: Kluwer, p. 226.

236 Hij merkt daarbij op dat de noodzaak tot flexibiliteit van de onderneming daarentegen een zwaarwegend argument kan opleveren om de uitoefening van het recht op arbeid te beperken. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, p. 223-232. Zie ook W. Vandeputte, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt. Naar een modernisering van het Belgische ontslagrecht*, diss. K.U. Leuven, eigen uitgave, 2012, p. 558-560 (sub 926-932).

237 HR 26 maart 1965, NJ 1965, 163. Later bevestigd in: HR 25 januari 1980, NJ 1980, 264; HR 27 mei 1983, NJ 1983, 758; HR 12 mei 1989, NJ 1989, 801 (in de laatste uitspraak nuanceerde de Hoge Raad deze terughoudendheid enigszins).

238 Zie ook recent Hof Arnhem-Leeuwarden, 5 maart 2013, RAR 2013/76. Zie ook G.J.J. Heerma van Voss, *Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst deel 7-V**, Asser-serie 2008, Boek 7 Titel 10 BW, Artikel 7:611 Goed werkgever en werknemer, Aantekening 3. Nieuwe arbeidsrechtelijke onderwerpen.

weinig is behandeld.²³⁹ In deze wat Heerma van Voss noemt eigendomstheorie²⁴⁰ worden de termen eigendom en eigendomsrechten steeds naar analogie gebruikt en niet in de letterlijke juridische zin.²⁴¹ Een werknemerseigendomsrecht op een baan wil dan niet zeggen dat de werknemers eigenaars zijn van de onderneming waar ze werken, maar dat zij een aanspraak of een recht hebben op de voortzetting van hun dienstverband. Dat er een eigendomsrecht is, zou dan wel moeten inhouden dat de aanspraak op de continuering van het dienstverband juridisch wordt beschermd, zoals eigendom beschermd wordt. Zo omschrijven Davies en Freedland 'job property' als '*the interest, viewed as proprietary in nature, which a worker has in the continuation of his employment as the result of legal measures or social systems which protect the expectation and security of continued employment*'.²⁴² De eigendomsaanspraken ontstaan doordat de werknemers een bijdrage leveren aan het bedrijf: ze brengen *human capital* in. Daarmee kan de eigendomstheorie worden gezien als een theorie die aansluit bij de zogenoemde *stakeholders theory*.²⁴³ Soms wordt ook geredeneerd dat die aanspraak op voortzetting van het dienstverband niet toekomt aan een individuele werknemer, maar aan werknemers als een groep.²⁴⁴ Deze 'gedeelde eigendomsaanspraak' zou de werknemers onder andere recht op medezeggenschap geven.²⁴⁵

Hoewel de term 'eigendom' hier eerder een symbolische dan letterlijke betekenis heeft, kan men zich toch afvragen of het een geschikte term is in dit verband. De term eigendom zou in dit verband wel eens voor meer vragen dan antwoorden kunnen zorgen.²⁴⁶ Heerma van Voss merkt terecht op dat een baan geen zaak is en dat daarom het eigendomsbegrip – het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan

239 De theorie is voor het eerst naar voren gekomen in de Amerikaanse literatuur, F. Meyers, *Ownership of jobs: a comparative study*, Los Angeles: Institute of Industrial Relations, 1964. Lange tijd daarna is de theorie in de literatuur weinig gebruikt. Sinds het invloedrijke boek van de hand van de Britse Njoya, laten meer (voornamelijk Britse) schrijvers zich met de theorie in. Zie W. Njoya, *Property in Work: The Employment Relationship in the Anglo-American Firm*, Aldershot: Ashgate, 2007; J. Howe, 'Poles Apart? The Contestation between the Ideas of No Fault Dismissal and Unfair Dismissal for Protecting Job Security' *Industrial Law Journal* 2013 vol. 42, nr. 2, p. 142.

240 G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1992, p. 220 e.v.

241 Zie bijv. F. Meyers, *Ownership of jobs: a comparative study*, Los Angeles: Institute of Industrial Relations, 1964; S. Deakin en W. Njoya, 'The Legal Framework of Employment Relations' in P. Blyton e.a. (red.) *The SAGE Handbook of Industrial Relations*, SAGE, 2008.

242 P. Davies en M. Freedland, *Labour Law: Texts and Materials*, London: Weidenfeld and Nicolson, 1984, p. 428.

243 W. Njoya, 'Employee Ownership and Efficiency: An Evolutionary Perspective' *Industrial Law Journal* 2004 vol. 33.

244 W. Njoya, 'Employee Ownership and Efficiency: An Evolutionary Perspective' *Industrial Law Journal* 2004 vol. 33, nr. 3, p. 219-220.

245 W. Njoya, 'Job Security in a Flexible Labour Market: Challenges and Possibilities for Worker Voice' *Comparative Labor Law and Policy Journal* 2012 vol. 33, nr. 3 p. 474-478.

246 Zie bijv. Van den Heuvel die als een van de weinigen de eigendomstheorie verdedigt, maar verder weinig uitwerkt. Zo gebruikt hij de termen eigenaar en bezitter door elkaar, terwijl in het Nederlandse recht eigendom wordt onderscheiden van bezit. L.H. van den Heuvel, *De redelijkheids-toetsing van ontslagen*, diss. UvA, Deventer: Kluwer, 1983, p. 227-228.

hebben²⁴⁷ – daarmee moeilijk verbonden kan worden.²⁴⁸ Dit is inderdaad het geval in het Nederlandse recht waar eigendom alleen verbonden kan worden aan een zaak, dat wil zeggen aan een stoffelijk goed. Van niet-stoffelijke goederen (vermogensrechten) is men dan ook geen eigenaar, maar rechthebbende. Toch hoeft dit bezwaar niet meteen te betekenen dat de theorie afgewezen moet worden. Zo is spreken van intellectuele eigendom ook in de juridische literatuur zeer gewoon, hoewel dit ook niet in overeenstemming is met het begrip eigendom zoals omschreven in het Burgerlijk Wetboek. De intellectuele eigendomsrechten worden juist beheerst door rechtsregels waar de term eigendom in het geheel niet wordt gebruikt. Het doel van de rechtsregels op dit terrein is desalniettemin om ‘de schepper van het geestesproduct een zekere *bescherming* te verlenen’.²⁴⁹ Dat de term eigendom niet in de letterlijke juridische zin wordt gebruikt, zou dus niet de eerste keer zijn in de Nederlandse rechtsleer.

Bovendien lijkt het eigendomsbegrip zoals gehanteerd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) te zorgen voor een uitbreiding van het eigendomsbegrip in het recht. In het eerste artikel van het 1e Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) is verklaard dat iedere natuurlijke of rechtspersoon recht heeft op het ongestoord genot van zijn eigendom. ‘Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.’²⁵⁰ Het EHRM hanteert bij de uitleg van dit artikel een autonoom – dus ongeacht de classificatie naar nationaal recht – en zeer ruim eigendomsbegrip.²⁵¹ Zo heeft het Hof bepaald dat onder eigendom in de zin van artikel 1 van het 1e Protocol bij het EVRM onder andere kunnen vallen pensioenrechten²⁵² en wettelijke socialezekerheidsaanspraken.²⁵³ Het moet daarbij gaan om een recht, een aanspraak of een belang dat met voldoende zekerheid vaststaat. Daarnaast is het belangrijk dat het EVRM in tegenstelling tot bijvoorbeeld het ESH wel een zekere horizontale werking heeft. Het hoeft dus niet te gaan om een verticale relatie overheid-burger willen de bepalingen van het EVRM van belang zijn.²⁵⁴ Vereist is wel dat een aansprakelijkheid van de staat kan worden geconstrueerd, maar dat kan het geval zijn wanneer de staat heeft nagelaten burgers (wettelijk) te beschermen tegen eigendomsinbreuk. Uit de rechtspraak van het EHRM is op te maken dat de

247 Art. 5:1 lid 1 BW.

248 G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1992, p. 222.

249 F.H.J. Mijnsen, Asser 3-1 Algemeen goederenrecht, 50.

250 Het Eerste Protocol moet worden geacht deel uit te maken van het EVRM zelf.

251 T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2005, p. 56.

252 ECieRM 1 oktober 1975, nr. 5849/72 (Müller/Oostenrijk).

253 EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90, RSV 1997, 234 (Gaygusuz/Oostenrijk); EHRM 8 december 2009, nr. 18176/05, RSV 2010, 3 (Wieczorek/Polen).

254 T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2005, p. 53.

overheid eigendom actief moet beschermen; zich onthouden van inmenging is onvoldoende.²⁵⁵

De vraag is nu of een baan of dienstbetrekking ook onder dit ruime eigendomsbegrip van het EVRM zou kunnen vallen. Men is het immers eens over het feit dat de inbreng van arbeid – anders dan de inbreng van kapitaal – niet tot eigendom van de onderneming leidt.²⁵⁶ Maar zou de baan wel als eigendom van de werknemer kunnen worden aangemerkt, wanneer we het ruime eigendomsbegrip van het EVRM in acht nemen? Baan als eigendom blijft echter een problematische kwalificatie, in de eerste plaats omdat het moeilijk is te omschrijven wat een baan is.²⁵⁷ Beter is het om te kijken welke belangen of aanspraken een werknemer bij zijn baan – dus op basis van zijn arbeidsovereenkomst – heeft. De arbeidsovereenkomst geeft hem in principe het recht om arbeid te verrichten in ruil voor loon. De aanspraak op loon kan als een eigendom in de zin van art. 1 van het 1e Protocol bij het EVRM worden beschouwd. Het loon is door het EHRM ook aangemerkt als eigendom van de werknemer.²⁵⁸ Ook de Nederlandse rechters lijken de aanspraak op salaris inderdaad als zodanig te kwalificeren.²⁵⁹

Wanneer aanvaard wordt dat de aanspraak op loon die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeit onder het eigendomsbegrip van het EVRM valt, kan gekeken worden of een inbreuk op deze eigendom, dat wil zeggen het beëindigen van de loonbetaling vanwege het verbreken van de arbeidsrelatie, kan worden gerechtvaardigd. Voorop staat dat ook het eigendomsrecht van het EVRM niet absoluut is; een inbreuk of een beperking is mogelijk, mits dit gerechtvaardigd kan worden.²⁶⁰ Er kunnen verschillende rechtvaardigingsgronden worden genoemd voor het (wettelijk) mogelijk maken dat arbeidsovereenkomsten beëindigd kunnen worden, waaronder de noodzaak om de ondernemingen in staat te stellen hun personeelsbestand aan te passen aan de veranderde (economische) omstandigheden. Voor rechtvaardiging is echter ook vereist dat er sprake is van proportionaliteit ofwel een 'fair balance' tussen wat de overheid ermee wil bereiken (namelijk dat de werkgevers hun organisatie naar eigen goeddunken kunnen inrichten) en de belangen van de 'eigenaar' (hier de werknemer). De fair balance-voorwaarde houdt onder andere in dat de inbreuk op de eigendom geen onevenredige last ('excessive burdens') op de betrokkene mag leggen.²⁶¹ Onder omstandigheden kan ook schadevergoeding of een overgangsregeling of –termijn gerechtvaardigd zijn om een 'faire balance' te bereiken.

255 J.M. Emaus en A.L.M. Keirse, 'EVRM en Privaatrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011/70.

256 Rigaux 2010, p. 695.

257 Van Dale definieert de baan als 'de werkkring waarin men betrokken is'.

258 Zie bijv. EHRM 13 februari 2007, nr. 75252/01 (Evaldsson/Zweden).

259 Rb. Den Haag 11 januari 2013, TRA 2013/38 m.nt. Frikkee.

260 T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2005, p. 60.

261 Zie bijv. EHRM 20 juli 2004 (Bäck/Finland).

Het bovenstaande kan als volgt samengevat worden. De staat heeft de verplichting om werknemers aanspraken op loon rechtens te beschermen door aan het beëindigen van de arbeidsrelatie voorwaarden te verbinden. Die voorwaarden – zoals ze hierboven in vogelvlucht zijn overzien – impliceren vervolgens inderdaad een zekere mate van ontslagbescherming. Willekeurig of (evident) onredelijk ontslag, bijvoorbeeld zonder dat gekeken is naar de belangen van de werknemer, zou immers de test van de *faire balance* niet doorstaan. In de eigendomstheorie zou dus een (additionele) grondslag kunnen worden gevonden voor (een mate van) baanzekerheid. Daarnaast impliceert de theorie een relatie tussen de werknemer en zijn baan, wat aan de doctrine iets wezenlijks kan toevoegen. In het arbeidsrecht staat immers de contractuele relatie tussen de werknemer en zijn werkgever centraal. Verschillende auteurs hebben in het verleden erop gewezen dat het kijken naar betaald werk door deze werkgever-werknemer ‘lens’ een beperkt beeld oplevert.²⁶²

In het arbeidsrecht worden eigendomsrechten veel eerder toebedeeld aan de werkgever dan aan de werknemer. Heerma van Voss wijst de eigendomstheorie dan ook af onder de volgende motivering, die waarschijnlijk door velen onderstreept zal worden: ‘het is juist om te zeggen dat de werkgever eigenaar is van de onderneming en daarmee beschikt over het aantal arbeidsplaatsen.’²⁶³ Zelfs wanneer we de argumenten ter zijde leggen, dat de onderneming naar Nederlands recht ook geen zaak is²⁶⁴ en dat we de vraag kunnen stellen ‘wie precies de werkgever is’,²⁶⁵ brengt deze stelling ons ook niet verder in de bovengeschetste discussie. De werkgever mag inderdaad ‘beschikken’ over het aantal arbeidsplaatsen, maar is de werkgever ook de eigenaar van de *dienstbetrekkingen*? Ook hier zorgt het ontbreken van een goede definitie van de baan immers voor problemen. De werkgever kan bepalen hoeveel arbeidsplaatsen hij wil creëren of – beter – openstellen, maar aan de banen en meestal aan het hele werk in de onderneming wordt pas wezenlijk inhoud gegeven wanneer er werknemers zijn die de banen willen ‘aannemen’. Er moet dus sprake zijn van een *arbeidsrelatie* wil de arbeidsplaats inhoud hebben. De arbeidsovereenkomst is dan ook een wederkerige overeenkomst; beide partijen nemen een verbintenis op zich,²⁶⁶ maar geen van de partijen is ‘de eigenaar’ van die relatie. Geen van de partijen is de eigenaar van de baan.

262 Zie bijv. F.J.H.M. van der Ven, ‘Critische inleiding tot de systematiek van het arbeidsrecht’, rede uitgesproken 1938 in Tilburg, in *Van sociale politiek naar sociaal recht*, Alphen aan den Rijn 1966, p. 163.

263 G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1992, p. 222-223.

264 Een onderneming is een ‘organisatorische eenheid van een of meer personen’, zie art. 2 lid 1 Handelsregisterbesluit 2008.

265 ‘De werkgever’ in het arbeidsrecht is een juridische constructie die het mogelijk maakt dat er altijd een natuurlijk persoon als werkgever kan optreden – hoewel de betreffende persoon vaak zelf ook een werknemer is van diezelfde ‘werkgever’ –, zonder dat het duidelijk hoeft te zijn wie (welke natuurlijke of rechtspersoon) de werkelijke ‘eigenaar’ is van de organisatie.

266 Art. 6:261 lid 1 BW.

2.6 De implicaties van de juridische kaders voor werkzekerheid

Het recht op arbeid als grondrecht brengt voor de overheid in de eerste plaats een programmatische inspanningsverplichting mee om het voor iedereen mogelijk te maken om in zijn onderhoud te voorzien door middel van werk. Met het werkzekerheidsbeleid probeert de overheid voor de burgers een situatie te scheppen waarin zij op de arbeidsmarkt steeds werk kunnen vinden. Een werkzekerheidsprogramma met zijn specifieke nadruk op inzetbaarheid (employability) en van-baan-naar-baan-transities kan voor de overheid een manier zijn om het grondrecht op arbeid te realiseren. Het *doel* is immers hetzelfde: dat een ieder die wil of moet werken ook betaald werk kan vinden. Vanuit het grondrechtelijk perspectief is het dus *legitiem* dat de overheid werkzekerheid voor iedereen nastreeft. Het recht op arbeid laat de overheid immers een grote mate van vrijheid wat betreft het werkgelegenheidsbeleid. Met werkzekerheid geeft de overheid geen recht op een baan en dat hoeft zij ingevolge van het recht op arbeid ook niet te doen.

Naast de gedeelde doelstelling, hebben de twee concepten ook een vergelijkbaar 'moreel' uitgangspunt: werk is niet alleen een bron van inkomen, maar ook een doel op zich. Het bestaan van een grondrecht op arbeid wordt in de literatuur vaak verklaard vanuit het tweezijdige belang van werk.²⁶⁷ Werk is een bron van inkomen en mensen hebben een inkomen nodig om in hun bestaan te voorzien. Dit kan het economische belang van werk voor individuen genoemd worden. Maar werk heeft ook een sociale dimensie. Werk is voor mensen ook een manier om te participeren in de maatschappij, om zich te ontplooien en uiting te geven van hun bekwaamheid. De waarde van het werk ligt dus niet alleen in het inkomen dat ermee verdiend wordt, maar ook in de activiteit zelf.²⁶⁸

Werkzekerheid maakt deel uit van een bredere strategie op EU en nationaal niveau die – zeer kort gezegd – neerkomt op verhoging van de arbeidsparticipatie. Het arbeidsmarkt- en socialezekerheidsbeleid wordt systematisch dusdanig ingericht dat 'werk boven uitkering' gaat. Werkzekerheid past goed bij dit zogenoemde activerend arbeidsmarktbeleid en dient uiteindelijk ook de arbeidsparticipatie. De argumenten waar dit beleid op steunt zijn zeker (en misschien wel vooral) van economische aard, zoals de noodzaak van arbeidsparticipatie voor de economische groei en de noodzaak om overheidsuitgaven te verminderen. Toch worden er ook sociale argumenten voor een activerend arbeidsmarktbeleid gegeven. Bevordering van arbeidsmarktparticipatie stimuleert namelijk ook de sociale integratie en de maatschappelijke participatie,

267 Zie bijv. G. Mundlak, 'The Right to Work – The Value of Work' in D. Barak-Erez en A.M. Gross (red.) *Exploring Social Rights. Between Theory and Practice*, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 344; M.C. Burkens, W. Driehuis en J. van den Doel, *Werkgelegenheid: recht of beleid?*, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij, 1979, p. 13-15, 84; G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1992, p. 3-8.

268 Zie ook VN-Comité inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, *General Comment nr. 18*, p. 2.

terwijl uitkeringen slechts een financiële compensatie vormen.²⁶⁹ Ook hier geldt dat betaald werk wordt gezien als een manier om te participeren in de maatschappij, om zich te ontplooiën en uiting te geven van bekwaamheid, wat betaald werk zelf een nastrevenswaardig doel maakt.

Doorlopende scholing van werknemers teneinde hun inzetbaarheid op peil te houden is een belangrijk element in het werkzekerheidsprogramma, wat ook steeds een belangrijk element van de verwezenlijking van het recht op arbeid is geweest.²⁷⁰ Scholing van werknemers kan dus met recht een van de oudste, maar tegelijk een van de modernste instrumenten om werkzekerheid te bevorderen, genoemd worden.²⁷¹ Van werkzekerheidsbeleid kan zelfs gezegd worden dat het verder gaat dan wat tot nu toe op basis van het grondrecht op arbeid van een overheid op dit gebied werd verwacht. Niet alleen werklozen moeten de mogelijkheid hebben scholing te volgen om zo hun kansen op werk te vergroten, ook de werkende bevolking dient zich continu te scholen. Onder het devies van werkzekerheid legt de Nederlandse overheid ook meer nadruk op de gezamenlijke verantwoordelijkheid van individuele werknemers en werkgevers op het gebied van scholing. Scholing moet een vast onderdeel vormen van een arbeidsrelatie.²⁷² Ook gezamenlijke inspanningen om een transitie te maken van de ene naar de andere baan, bij voorkeur zonder werkloos te worden, wordt door het werkzekerheidsbeleid gestimuleerd. Dit 'transitie-element' is wat werkzekerheid duidelijk heeft toegevoegd aan het arsenaal van elementen waarmee het recht op arbeid doorgaans geacht wordt gerealiseerd te worden.

Het grondrecht op arbeid brengt echter mee dat de overheid *tegelijk* oog heeft voor de *kwaliteit van het werk* dat op de arbeidsmarkt te krijgen is. Dit is een aspect waar werkzekerheid als beleidsbegrip momenteel weinig oog voor heeft. De zekerheid dat men steeds een baan kan vinden op de arbeidsmarkt zegt op zichzelf niets over de kwaliteit van banen. Daarnaast brengen het recht op arbeid en de kwalificatie van het loon als werknemers' eigendom mee dat de werknemer beschermd wordt tegen willekeurig en onredelijk ontslag. Werkzekerheidsbeleid dat (tevens) gericht is op afbraak van de bescherming tegen onredelijk ontslag staat op gespannen voet met de normatieve implicaties van het recht op arbeid. Nu wordt bescherming tegen onredelijk ontslag juist in verband gebracht met (enige mate van) baan zekerheid. De werknemer kan er immers in elk geval zeker van zijn dat hij of zij niet op een willekeurig moment en zonder een redelijke grond zal worden ontslagen.²⁷³ De volgende vaststelling dringt zich om die reden aan: een vorm van ontslagbescherming – en daarmee een vorm van of een mate van baan zekerheid – moet onderdeel

269 Zie bijv. SER, *Welvaartsgroei door en voor iedereen. Advies over het sociaal-economisch beleid op middellange termijn*, Publicatienummer 8, 2006, p. 54: 'integratie door participatie; werk als de sleutel voor maatschappelijke samenhang'.

270 Vooral in het Europees Sociaal Handvest zien we dit aspect uitgewerkt. Daarin is zelfs een apart artikel gewijd aan het recht op vakopleiding (art. 10 ESH).

271 A.T.J.M. Jacobs, 'The Right to Work and the Freedom of Work', *Bulletin of Comparative Labour Relations* 2001, nr. 39, p. 67.

272 Zie eerder paragraaf 2.3.1 'Overheidsbeleid'.

273 Voor een uitgebreidere beschouwing over de relatie tussen het ontslagrecht en baan zekerheid, zie hoofdstuk 4.

uitmaken van werkzekerheid. Zonder (enige mate van) baanzekerheid kan er geen sprake zijn van werkzekerheid, net zoals zonder het ontslagrecht geen sprake kan zijn van een recht op arbeid als een grondrecht.²⁷⁴

Men zou echter kunnen betogen dat werkzekerheid baanzekerheid overbodig maakt. Wanneer de overheid ervoor heeft gezorgd dat iedereen (vrijwel) zeker is dat, wanneer hij zijn baan verliest, hij snel een andere baan kan vinden, dan neemt het belang van ontslagbescherming af. Wanneer iemand steeds werk kan vinden, dan is het recht op arbeid immers gerealiseerd. Binnen de arbeidsrelatie blijft de bescherming tegen onredelijk ontslag echter relevant ook wanneer iemand (snel) ander werk kan vinden. Bescherming tegen onredelijk ontslag speelt een belangrijke rol in het kader van de kwaliteit van arbeid. Het is bekend dat dit recht een groot aantal andere arbeidsrechten ondersteunt.²⁷⁵ Bescherming tegen (onredelijk) ontslag vervult volgens sommigen zelfs een cruciale rol in de effectuering van het gehele arbeidsrecht.²⁷⁶ Men kan zich inderdaad afvragen welke praktische nut bijvoorbeeld het recht op zwangerschaps- en bevallingsverlof zou hebben, wanneer de werkgever meteen de werknemer mag ontslaan wanneer deze gebruik maakt van dit recht op verlof. Ook een werknemer met goede arbeidsmarktperspectieven blijft in beginsel belang hebben bij bescherming tegen onredelijk ontslag. Niet alleen beschermt het ontslagrecht de werknemer tegen plotselinge beëindiging van de dienstbetrekking op basis van geen of onredelijke gronden, het stelt hem ook in staat om zich enigszins onafhankelijk op te stellen in de arbeidsorganisatie waar hij als burger werkzaam is.²⁷⁷

In dit kader moet werkzekerheid enige mate van baanzekerheid inhouden, in die zin dat de werknemer niet op ieder willekeurig moment en zonder een redelijke grond zijn baan kan verliezen. Werkzekerheid is dus de zekerheid dat op de arbeidsmarkt iedereen steeds werk onder billijke arbeidsvoorwaarden kan vinden en dat iedereen beschermd wordt tegen willekeurig en onredelijk ontslag. Dit zijn de kaders voor het werkzekerheidsbeleid die voortvloeien uit het grondrecht op arbeid.

Dat enige mate van baanzekerheid deel moet uitmaken van werkzekerheid kan ook op een andere grond betoogd worden. Enige stabiliteit of continuïteit van arbeidsbetrekking is een rechtens erkend belang van werknemers. Dit kan ten minste afgeleid worden uit het feit dat zowel de nationale als de Europese wetgever stappen heeft ondernomen om het misbruik van opeenvolgende, tijdelijke overeenkomsten tegen te gaan.²⁷⁸ Het afsluiten van tijdelijk arbeidsovereenkomsten is legitiem, maar het steeds

274 Zie bijv. G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1992, p. 223-232; W. Vandeputte, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt. Naar een modernisering van het Belgische ontslagrecht*, diss. K.U. Leuven, eigen uitgave, 2012, p. 558-560 (sub 926-932).

275 Zie bijv. A.C.L. Davies, *Perspectives on Labour Law*: Cambridge University Press 2009, p. 162.

276 Zie bijv. G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer, 1992, p. 9; D. Christe en T. Peijpe, 'Functies van ontslagrecht' in M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters (red.) *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 42.

277 Vlg. T. van Peijpe, *Employment Protection under Strain (Sweden, Denmark, The Netherlands)*, The Hague: Kluwer Law International 1998, p. 38.

278 Zie bijv. art. 7:668a BW en de Richtlijn nr. 1999/70/EG.

opnieuw afsluiten van tijdelijke overeenkomsten is niet toegestaan. De werkgever en de werknemer moeten op een gegeven moment hun arbeidsrelatie ofwel verbreken ofwel vaststellen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het Hof van Justitie van de EU heeft het genot van een 'stabiele dienstbetrekking' als een essentieel onderdeel van werknemersbescherming aangemerkt.²⁷⁹

2.7 Conclusie

Werkzekerheid is een belangrijk onderdeel binnen het Europese en het nationaal arbeidsmarktbeleid. Werkzekerheid is de zekerheidskant van flexicurity, wat de kern vormt van het Europese sociale en werkgelegenheidsbeleid. Het is de zekerheid van het steeds werk kunnen vinden op een dynamische arbeidsmarkt. Dezelfde of een vergelijkbare doelstelling vinden we in verschillende nationale beleidsinitiatieven terug en ook de sociale partners hebben werkzekerheid als doelstelling omarmd. Werkzekerheid wordt vaak gepresenteerd als een nieuw soort zekerheid en in sommige gevallen als vervanging van de (oude) baanzekerheid. Zij kent een breed draagvlak onder de Europese en de nationale beleidsmakers.

Werkzekerheid en baanzekerheid worden vaak samen genoemd en vaak ook tegenover elkaar geplaatst. Zij kennen echter niet een vaststaande definitie. In dit onderzoek wordt uitgegaan van de volgende definities:

Werkzekerheid is de zekerheid van het aan het werk blijven, maar niet noodzakelijkerwijs bij dezelfde werkgever. Werkzekerheid verwijst daarmee naar de continuïteit van de loopbaan.

Baanzekerheid is de zekerheid om aan het werk te blijven bij dezelfde werkgever en verwijst naar de continuïteit van het huidige dienstverband.

Vastgesteld is dat baanzekerheid en werkzekerheid niet competitief zijn: iemand kan baan- én werkzekerheid hebben. De twee concepten blijken veel overeenkomsten te hebben. Beide termen verwijzen naar:

- het verdienen van een *inkomen uit arbeid*/het hebben van een *arbeidsovereenkomst*
- de mate van zekerheid dat men ook *in de toekomst* een inkomen uit arbeid zal kunnen verdienen
- de veronderstelling dat arbeidsongeschiktheid niet zal intreden.

Inzetbaar zijn en de mogelijkheid hebben om transities te maken op de arbeidsmarkt zijn de twee meest genoemde elementen van werkzekerheid in de (beleids)literatuur. Veel meer elementen (of determinanten) zijn echter denkbaar. Door (te) veel elementen erbij te betrekken wordt de mogelijkheid vergroot dat het begrip werkzekerheid aan zelfstandige betekenis inboet. Een afbakening is dus nodig. Bij die afbakening is van doorslaggevende betekenis geweest dat in dit onderzoek de rol van

²⁷⁹ Ro. 62 HvJ EU 4 juli 2006, JAR 2006/175 (Adeneler). Het Hof verwijst hier ook naar de Mangold-zaak waarin hetzelfde is overwogen, nl. dat 'the benefit of stable employment which ... constitutes a major element in the protection of workers'. Ro. 64 HvJ EU 22 november 2005, JAR 2005/289 (Mangold).

de cao in het regelen van (baan- en) werkzekerheid centraal staat. Over die rol is echter nog niet veel bekend. Hier is gekozen om de bevoegdheden van de werkgever die primair tot het ondernemingsbeleid worden gerekend centraal te stellen, onderverdeeld in vier categorieën, namelijk werkgelegenheidsbeleid, aanstellings- en wervingsbeleid, arbeidsorganisatiebeleid en ontslagbeleid, en die onderverdeling te gebruiken voor het onderzoek naar cao-bepalingen.²⁸⁰

Werkzekerheid en baanzekerheid refereren beide aan het sociaaleconomische werkgelegenheidsvraagstuk. Zij kunnen als het individuele perspectief op werkgelegenheid worden beschreven. De termen verschillen erin dat baanzekerheid enkel verwijst naar het risico de huidige baan te verliezen, terwijl werkzekerheid verwijst naar het niet kunnen vinden van een arbeidsbetrekking op de arbeidsmarkt. In theorie hoeven de twee elkaar noch uit te sluiten noch in te sluiten.

Veel beleidsmakers en academici stellen echter een verschuiving voor: werkzekerheid in plaats van baanzekerheid. Dit zou betekenen dat mensen grote kansen hebben om op de arbeidsmarkt een baan te kunnen vinden, of met andere woorden, dat ze goede arbeidsmarktperspectieven hebben, omdat ze breed inzetbaar zijn en omdat ze gemakkelijk van de ene naar de andere baan kunnen overgaan, maar dat ze weinig of geen zekerheid hebben over het voortbestaan van hun huidige baan. De rechtvaardiging hiervoor is in het eerste gedeelte van dit hoofdstuk uitgebreid besproken. Een van de belangrijkste redenen betreft het feit dat baanzekerheid – althans baanzekerheid voor iedereen – niet strookt met wat een flexibele of een dynamische arbeidsmarkt genoemd wordt, een arbeidsmarkt waar arbeidsrelaties snel worden aangegaan, maar ook snel (en gemakkelijk) worden verbroken. Dit wordt door velen als een wenselijke situatie gezien en daarom wordt gekozen om de sociale zekerheid voor werknemers te putten uit hun brede inzetbaar en de hulp die ze krijgen bij de transitie op de arbeidsmarkt.

Die keuze van werkzekerheid boven baanzekerheid kan vanuit verschillende disciplines bestudeerd en becommentarieerd worden. De juridische benaderingswijze start bij het recht op arbeid als fundamenteel recht. Dit recht brengt voor de overheid de verplichting mee om een werkgelegenheidsbeleid te voeren, opdat er voldoende banen zijn voor ieder. De overheid heeft daarin een grote mate van beleidsvrijheid. Aangezien het doel van het werkzekerheidsbeleid overeenkomt met het doel van het recht op arbeid – en daarnaast dezelfde opvatting ten grondslag ligt, namelijk dat betaald werk niet alleen materiële, maar ook immateriële waarde heeft voor individuen – is het voor de overheid legitiem om werkzekerheidsbeleid te voeren.

Het recht op arbeid heeft echter ook andere normatieve implicaties voor het overheidsbeleid behalve de verplichting naar volledige werkgelegenheid te streven. De overheid dient daarbij ook een bepaalde mate van kwaliteit van de banen te waarborgen en de arbeidsrelatie zo in te richten dat de werknemer beschermd wordt

280 Zie hierover verder hoofdstuk 6.

tegen onredelijk ontslag. Aangezien dit leidt tot enige mate van baan zekerheid, impliceert het recht op arbeid een werkzekerheidsbeleid met (enige mate van) baan zekerheid. Ook de eigendomsaanspraak van de werknemer op zijn baan brengt een mate van ontslagbescherming mee. Overheidsbeleid gericht op werkzekerheid zal dus ook altijd enige mate van baan zekerheid moeten inhouden. We hebben echter gezien dat baan zekerheid niet absoluut is. Zelfs wanneer we zouden zeggen dat de werknemer eigenaar is van zijn baan, dan is dit recht van eigendom niet absoluut. De arbeidsrelatie kan verbroken worden, maar er moet daarbij gestreefd worden naar een evenwicht tussen de belangen van de werkgever en de belangen van de werknemer. Beide vormen van zekerheid kunnen naast elkaar nagestreefd worden.

HOOFDSTUK 3

De wenselijkheid van het vergroten van werkzekerheid vanuit een arbeidsrechtelijk perspectief

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is betoogd dat geredeneerd vanuit het recht op arbeid het werkzekerheidsbeleid legitiem is, zolang dat beleid ook enige mate van baan zekerheid inhoudt, in die zin dat de werknemer beschermd is tegen onredelijk ontslag. Een andere vraag is echter of (het bevorderen van) werkzekerheid door middel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming vanuit het arbeidsrechtelijk perspectief wenselijk is, met name wanneer werkzekerheid baan zekerheid zou moeten vervangen. Theoretisch is het immers mogelijk om zowel baan- als werkzekerheid te hebben: de persoon in kwestie is (relatief) zeker dat hij zijn baan niet zal verliezen én dat hij – indien nodig – snel een andere baan kan vinden. Velen stellen echter een *verschuiving* voor: werkzekerheid in plaats van baan zekerheid. De vraag die hier centraal staat, is of de voorgestelde verschuiving van baan- naar werkzekerheid verenigbaar is met de fundamentele uitgangspunten van het arbeidsrecht. Die verenigbaarheid wordt doorgaans om twee redenen betwist. In de eerste plaats zou de gewenste verschuiving van baan- naar werkzekerheid een doelstelling zijn die *economisch* van aard is, terwijl het arbeidsrecht een *sociaal* doel nastreeft. In de tweede plaats zou de verschuiving van baan- naar werkzekerheid niet stroken met de manier waarop het arbeidsrecht de werknemers beschermt. Op beide ‘problemen’ wordt hieronder nader ingegaan. Daarbij wordt werkzekerheid als onderdeel van flexicurity als uitgangspunt genomen.¹

De vraag of werkzekerheid samen kan gaan met de fundamentele uitgangspunten van het arbeidsrecht doet zich ook gelden ten aanzien van de stelling dat werkzekerheid het beste vorm kan krijgen in cao’s. Op die manier zou het nodige maatwerk geleverd kunnen worden, terwijl de belangen van zowel de werkgevers als de werknemers gewaarborgd blijven. De cao krijgt daarmee echter een (nieuwe) opdracht, namelijk het concretiseren van werkzekerheid, terwijl we ons ook kunnen afvragen of die opdracht verenigbaar is met de rol die de cao en cao-partijen ‘van oudsher’ in het arbeidsrecht innemen. Vertrekkend vanuit het fundamentele recht op collectief onderhandelen kunnen een aantal functies of doelstellingen van de cao worden

¹ Zoals in hoofdstuk 1 is toegelicht, wordt werkzekerheid wanneer het als een beleidsstrategie wordt benaderd als onderdeel van het bredere flexicurity-beleid gezien.

afgeleid. De vraag is dan hoe het vormgeven van werkzekerheid past bij deze functies, die we ten behoeve van dit onderzoek de 'traditionele functies' kunnen noemen.

Daarnaast kunnen we ons ook afvragen of het legitiem is dat de cao-partijen de voornaamste rol krijgen in de vormgeving van werkzekerheid. De posities van de sociale partners in het publieke bestel – waarmee in de eerste plaats de vakbonden en de werkgeversorganisaties bedoeld worden – staan immers steeds meer ter discussie.² De vakbonden worden vanwege hun afnemende representativiteitsgraad niet langer in alle gevallen als vanzelfsprekende vertegenwoordigers van de werknemersbelangen gezien. Ook aan de werkgeverskant geldt dat onder andere door internationalisering de belangenverschillen tussen kleine en grote ondernemingen toenemen, waardoor ook de positie van de werkgeversorganisaties in toenemende mate onder druk komt te staan.³

De discussie die hier aan de orde is, namelijk de discussie over de verenigbaarheid van werkzekerheid met de fundamentele uitgangspunten van het arbeidsrecht, bestrijkt een breed veld en zij wordt daarom voor een groot gedeelte vormgegeven door enigszins globale beschouwingen over het arbeidsrecht. Daarbij kan opgemerkt worden dat het noodzakelijk is om enigszins globaal te blijven, daar het arbeidsrecht een breed en complex rechtsgebied is en werkzekerheid nog niet een vaststaande betekenis heeft. In een onderzoek waar werkzekerheid in het kader van het arbeidsrecht is benaderd en onderzocht, is het echter gegrond ook een beschouwing te wijden aan de verhouding van die twee tot elkaar, al is die beschouwing, zoals opgemerkt, globaal van karakter.

Eerst wordt ingegaan op de hierboven genoemde mogelijke argumenten voor de stelling dat werkzekerheid niet strookt met de fundamentele uitgangspunten van het arbeidsrecht. Vervolgens wordt een beschouwing gewijd aan de verenigbaarheid van werkzekerheid met de 'traditionele functies' van de cao, waarbij die functies eerst beschreven worden. Tot slot wordt gekeken naar de legitimiteit van de sociale partners als voornaamste vormgevers van werkzekerheid.

3.2 De verenigbaarheid met het arbeidsrecht

3.2.1 Economische versus sociale doelen

De belangrijkste reden voor het prefereren van werkzekerheid boven baanzekerheid lijkt te zijn gelegen in het feit dat werkzekerheid veel beter gecombineerd kan worden met een flexibele en dynamische arbeidsmarkt. Om die reden heeft werkzekerheid ook een belangrijke plaats in het Europese flexicurity-beleid. De verschuiving van

2 Zie o.a. A.T.J.M. Jacobs, 'De houdbaarheid van ons cao-systeem', *ArbeidsRecht* 2006 nr. 8/9; F.B.J. Grapperhaus, 'Representativiteit van werknemersorganisaties' in R.A.A. Duk e.a. *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2005, p. 103-119; R.M. Beltzer, 'Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert', *NJB* 2010/1802.

3 Zie bijv. J. Visser, 'De wankel evenwicht van het corporatisme', *B en M: tijdschrift voor beleid, politiek en maatschappij* 2007 nr.1, p. 18.

baan- naar werkzekerheid zou zelfs cruciaal zijn voor flexicurity; wanneer daar geen sprake van is, dan kan ook niet van een 'flexicurity-model' gesproken worden, zo wordt door sommigen beweerd.⁴ Op die stelling is veel af te dingen, aangezien flexicurity niet een 'one-size-fits-all' oplossing voorschrijft. Het is echter onmiskenbaar dat de Europese Commissie met het flexicurity-beleid het belang van baan-zekerheid verkleint ten voordele van werkzekerheid. In meerdere documenten heeft de Commissie dit laten zien.

'The aim is for workers to exchange traditional security in the job for security in the market, brought about by efficient and cost-effective active labour market policies (ALMPs), and adequate levels of social protection to tide them over between jobs.'⁵

'The main thrust of the EU recommendation on flexicurity is to encourage a shift from job security towards employment security.'⁶

Om die 'shift', die verschuiving, plaats te laten vinden, moet het arbeidsrecht 'gemoderniseerd' worden.⁷ Velen lezen hierin een dereguleringsopdracht, aangezien baan-zekerheid met name gelijkgesteld wordt met ontslagbescherming.⁸ Volgens De Vos bijvoorbeeld wil flexicurity een 'gedeeltelijke ontmanteling van een statische arbeidsrechtelijke bescherming die flexibiliteit belemmert en haar vervanging door dynamische bescherming die flexibiliteit omarmt en een nieuw soort van zekerheid in de plaats stelt'.⁹ Ook Hendrickx meent dat deregulering voor de hand ligt waar het de gehele 'klassieke arbeidsrechtelijke bescherming' betreft.¹⁰

Om die reden wordt het werkgelegenheidsbeleid van de Europese Commissie bekritiseerd door veel arbeidsrechtgeleerden.¹¹ Binnen dit beleid wordt het arbeidsrecht immers bijna uitsluitend als een *arbeidsmarktinstrument* benaderd. Het arbeidsrecht moet zo aangepast worden dat het bijdraagt aan 'duurzame groei met meer en betere banen',¹² aan een zo optimaal mogelijke arbeidsallocatie;¹³ etc. Volgens de

4 A. van den Berg, 'Flexicurity: what can we learn from the Scandinavian experience?' *European Journal of Social Security* 2009, vol. 11, nr. 3, p. 254.

5 Raad van de Europese Unie, *Joint employment report 2006/2007*, 6706/07, 23 februari 2007, p. 5.

6 EC, *Employment in Europe 2006*, p. 76.

7 EC Groenboek, *De modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21e eeuw*, COM (2006) 708 def.

8 Zie ook hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2, voor een uitgebreidere weergave van de kritiek op flexicurity in de literatuur.

9 M. de Vos, 'Perspectief op oorsprong, realiteit en duurzaamheid van flexizekerheid', in *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber amicorum Prof. Dr. Othmar Vanachter*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 739.

10 F.H.R. Hendrickx, 'Regulating Flexicurity and Responsive Labour Law', in F.H.R. Hendrickx (red.), *Flexicurity and the Lisbon Agenda. A Cross-Disciplinary Reflection*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 151.

11 Opgemerkt moet wel worden dat men deze kritiek met name in de internationale literatuur aantreft en in mindere mate in de Nederlandse literatuur.

12 Dit is een van de doelstellingen van de Lissabon-strategie, zie EC, *De modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21e eeuw*, COM (2006) 708 def.

13 EC, *Employment in Europe 2010*, p. 87.

critici miskent deze benadering het feit dat het arbeidsrecht meer is dan een arbeidsmarktinstrument en dat niet alle vragen over het arbeidsrecht tot arbeidsmarkt-vraagstukken gereduceerd kunnen (en mógen) worden.¹⁴ Dit is een oude en nog steeds breed gedragen opvatting van veel (internationale en Nederlandse) arbeidsrechtgeleerden. Vele van hen erkennen de effecten die het arbeidsrecht kan hebben op de werkgelegenheid, maar zij waarschuwen ervoor het arbeidsrecht alleen in dit licht te zien. In dit opzicht is de formulering die Levenbach heeft gegeven nog steeds bruikbaar:¹⁵

'Modellen en kwantificeringen (...) kunnen voor het recht uiterst nuttig zijn. Maar verklaringen van feiten en doelmatigheidsoordelen vormen nog geen recht. Het arbeidsrecht blijft essentieel een gebied van waarde-oordelen, van rechtvaardigheid.'

Met andere woorden, de effecten van het arbeidsrecht op de arbeidsmarkt, de werkgelegenheid of de hele economie zijn relevant, maar niet doorslaggevend voor de vraag hoe het arbeidsrecht zou moeten zijn. Gevraagd naar het doel van het arbeidsrecht, zal menigeen antwoorden dat het in het arbeidsrecht gaat om rechtvaardigheid; net als in het recht in het algemeen.¹⁶ Het arbeidsrecht kent een eigen 'theory of justice',¹⁷ een eigen *normatieve grondslag*, die door de meeste arbeidsrechtgeleerden wordt voorgesteld als een toetsingskader voor alle hervormingsvoorstellen.¹⁸ Rood was bijvoorbeeld van mening dat het arbeidsrecht zich niet zomaar moet aanpassen aan alle situaties, maar dat naar nieuwe oplossingen moet worden gezocht voor nieuwe situaties 'zonder de essentiële vereisten van het arbeidsrecht op te geven'.¹⁹ Wat die essentiële vereisten zijn – wat met andere woorden het arbeidsrecht precies onder rechtvaardigheid verstaat – is echter een vraag die op basis van de literatuur alleen niet gemakkelijk te beantwoorden is.²⁰ Die 'essentiële vereisten' worden niet altijd expliciet toegelicht. Volgens Rood echter gaat het om 'respect voor

14 Bijv. S. Hammond en P. Ronfeldt, 'Legal Methods: Asking New Questions about Law and the World of Work', in: K. Whitfield en G. Strauss, *Researching the World of Work: Strategies and Methods in Studying Industrial Relations*, Ithaca en London: ILR Press 1998, p. 237. Zie ook het Verslag van het discussieforum betreffende het genoemde Groenboek, gehouden op 1 en 2 februari 2007 te Leuven – Tilburg, *Arbeid Integraal* 2007/1 p. 159.

15 M.G. Levenbach, 'Veertig jaar arbeidsrecht', Afscheidscollege Amsterdam, 8 oktober 1966, in H.L. Bakels (red.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer: Kluwer 1977, p. 26.

16 Zie bijv. De Schets, p. 18: 'Hierbij moet in het oog gehouden worden dat het arbeidsrecht, als deel van het recht, bij moet dragen aan rechtvaardigheid.'; I.P. Asscher-Vonk, *Dienend sociaal recht?*, (afscheidsrede Nijmegen) Deventer: Kluwer 2009, p. 9-13.

17 B. Langille, 'Labour Law's Theory of Justice', in G. Davidov en B. Langille (red.) *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press 2011, p. 102-107.

18 A.C.J.M. Geers, 'Oude wijn in nieuwe zakken, een reactie', in *Arbeidsverhoudingen en kwaliteit in ondernemingen*, Reeks VvA 19, 1994, p. 77. Dit toetsingskader is echter alles behalve uitgewerkt, zie over de 'zoektocht' naar de normatieve grondslagen van het arbeidsrecht, bijv. N. Zekić, 'Arbeidsrechtelijk normatief kader en ongelijkheidscompensatie', in Jacobs-bundel, p. 59-72.

19 M. Rood, 'Internationalization: a new incentive for labour law and social security law', in *Labour law at the crossroads: changing employment relationships. Studies in honour of Benjamin Aaron*, Den Haag: Kluwer Law International, 1997, p. 149.

20 Zie N. Zekić, 'Arbeidsrechtelijk normatief kader en ongelijkheidscompensatie', in Jacobs-bundel, p. 59-72. Vaker is echter gewezen op de inconsistenties in de literatuur wat dit onderdeel betreft. Zie bijv. B. Langille, 'Labour Law's Theory of Justice', in G. Davidov en B. Langille (red.) *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press 2011, p. 101-119.

de menselijke waardigheid van de werknemer'.²¹ De meeste arbeidsrechtgeleerden zullen zich bij hem aansluiten.²² De 'bescherming van de menselijke waardigheid bij de verrichting van arbeid' is een van de belangrijkste functies van het arbeidsrecht, zo niet de belangrijkste functie.

Gesignaleerd wordt echter dat 'de laatste jaren (...) de wetgever het arbeidsrecht ook een andere functie wil toeschrijven'.²³ Die andere functie heeft te maken met de macro-economische gevolgen van het arbeidsrecht en met name het arbeidsovereenkomstenrecht. 'De focus van het arbeidsrecht wordt dan niet (vooral) de relatie van werkgever en werknemer, maar de arbeidsmarkt of, nog ruimer, de economie als geheel'.²⁴ In de literatuur wordt dus een onderscheid gemaakt tussen wat we hier het 'rechtvaardigheidsvraagstuk' kunnen noemen en het 'marktvaartstuk', waarbij het met name gaat om het *arbeidsmarktvaartstuk*.

Het is niet alleen de nationale wetgever die het arbeidsrecht (soms) een andere functie wil toeschrijven. Ook de 'krachten' als de EU, maar ook bijvoorbeeld de OESO, proberen het arbeidsrecht juist meer op het vlak van de markt te brengen. Zij willen dat het arbeidsrecht zo wordt ingericht dat het – zeer kort gezegd – óók bijdraagt aan een efficiënt werkende arbeidsmarkt.²⁵ Daarmee krijgt het arbeidsrecht dus een doel van een andere aard, namelijk een *economische* aard, terwijl het *sociale* doel – dat van een rechtvaardige samenleving of bescherming van de menselijke waardigheid – blijft bestaan.²⁶ Wanneer beide doelen nagestreefd worden, rijst echter de vraag welk doel voorgaat wanneer die doelen met elkaar botsen.

De EU maakt hier geen keus, maar stelt beide doelen tegelijk na te streven. Zo staat in het flexicurity-model niet bij voorbaat vast wat prioriteit heeft; flexicurity is juist expliciet een 'verzoeningsmodel'.²⁷ Flexicurity beveelt aan naar combinaties van flexibiliteit en zekerheid te zoeken; noch flexibiliteit noch zekerheid geniet per definitie voorrang. Nergens in de beleidsdocumenten wordt bovendien verwezen naar enige (arbeids)normen of fundamentele (werknemers)rechten, die te allen tijde

21 M. Rood, 'Internationalization: a new incentive for labour law and social security law', in *Labour law at the crossroads: changing employment relationships. Studies in honour of Benjamin Aaron*, Den Haag: Kluwer Law International, 1997, p. 149.

22 Zie bijv. de oratie van R. Houweling aan de Erasmus Universiteit Rotterdam (en de aldaar aangehaalde literatuur), *Eigenaardig arbeidsrecht. Grondslagen van een modern arbeidsrecht*, Boom Juridische uitgevers 2012, p. 14.

23 De Schets, p. 18. De schrijvers verwijzen hier naar de term 'dienend sociaal recht', zoals door Asscher-Vonk in haar afscheidsrede gebruikt, I.P. Asscher-Vonk, *Dienend sociaal recht?*, (afscheidsrede Nijmegen) Deventer: Kluwer 2009.

24 De Schets, p. 18.

25 Bijv. M. de Vos, 'Perspectief op oorsprong, realiteit en duurzaamheid van flexizekerheid' in *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber amicorum Prof. Dr. Othmar Vanachter*, Antwerpen: Intersentia, 2009, p. 730-731.

26 Met de term 'economisch' doel ik hier op het macro-economisch overheidsbeleid. Die term wordt anders gebruikt in bijv. De Schets waar het om werkgeversbeleid gaat, zie p. 17.

27 Zie bijv. F.H.R. Hendrickx, 'Regulating Flexicurity and Responsive Labour Law', in F.H.R. Hendrickx (red.), *Flexicurity and the Lisbon Agenda. A Cross-Disciplinary Reflection*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 160.

gerespecteerd zouden moeten worden en niet in de efficiencyafwegingen meegenomen zouden mogen worden. Om die reden kan vastgesteld worden dat het flexicurity-beleid geen ondergrens aangeeft voor de flexibilisering op de arbeidsmarkt. De zekerheid in 'flexizekerheid' wordt niet gepresenteerd als een grens of een obstakel voor flexibiliteit, maar uitdrukkelijk als iets wat naast (volledige) flexibiliteit kan bestaan.

In de internationale arbeidsrechtelijke literatuur komen we vaak de stelling tegen dat de sociale doelen prioriteit zouden moeten hebben. De kern van het arbeidsrecht zou altijd gerespecteerd moeten worden, hoe de arbeidsmarktsituatie ook is.²⁸ De hoop bestaat dat wanneer ten minste sommige arbeidsrechten als fundamentele rechten zijn bestempeld, deze prioriteit krijgen over het economische beleid. Wanneer economische of zakelijke belangen ermee in strijd komen, zijn ze ondergeschikt aan deze fundamentele arbeidsrechten. Dat de EU geen prioriteit geeft aan arbeidsrechten is juist een van de grootste knelpunten in het Europese werkgelegenheidsbeleid. Dat is althans de kern van het merendeel van de kritiek op dit beleid van de zijde van arbeidsrechtgeleerden, welke kritiek ik deel.²⁹ Dat de EU economische doelen nastreeft kan als legitiem gezien worden, maar deze economische doelen mogen geen inbreuk maken op de fundamentele (sociale) rechten.

Zoals boven is toegelicht, wordt in de literatuur geconstateerd dat het arbeidsrecht 'de laatste jaren' (steeds meer) een economisch doel krijgt.³⁰ Werkzekerheid zou bijvoorbeeld als een van deze 'recente' doelen kunnen worden gezien, daar zij geacht wordt beter te passen bij een flexibele arbeidsmarkt. Daardoor zegt men echter (vaak impliciet) dat het arbeidsrecht 'oorspronkelijk' of 'traditioneel' geen (macro-)economische doel kende.³¹ Het (macro-)economische doel zou als het ware vreemd zijn geweest aan het arbeidsrecht. Die opvatting zou ik willen bestrijden. Die opvatting zou in mijn ogen in ieder geval een onjuist uitgangspunt vormen voor een discussie over de verenigbaarheid van werkzekerheid (of flexicurity als breder kader) en het nationale arbeidsrecht. Het Nederlandse arbeidsrecht heeft de sociale doelen immers altijd nagestreefd *in de context van de markteconomie*. Het arbeidsrecht gaat in de eerste plaats uit van het marktprincipe. Hoewel het adagium luidt dat arbeidskracht geen koopwaar is, is dat het in onze maatschappelijke én juridische ordening in feite wel. Op de arbeidsmarkt 'verkoopt' de werknemer zijn arbeidskracht aan de werkgever die hem in ruil daarvoor loon betaalt. Het arbeidsrecht gaat niet alleen uit van

28 Zie bijv. V. Mantouvalou, 'Are labour rights human rights?' *European Labour Law Journal* 2012, vol. 3, nr. 2, p. 151-172.

29 Zie bijv. M. Bell, 'Between flexicurity and fundamental social rights: the EU Directives on atypical work' *European Law Review* 2012, vol. 37 nr. 1, p. 33-34. Zie over het belang van het benoemen van arbeidsrechten als fundamentele rechten ook H. Collins, 'Theories of Rights as Justifications for Labour Law' in G. Davidov en B. Langille (eds), *The Idea of Labour Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p.137.

30 Zie bijv. De Schets, p. 17-18.

31 Zie bijv. I.P. Asscher-Vonk, *Dienend sociaal recht?*, (afscheidsrede Nijmegen) Deventer: Kluwer 2009; het meest expliciet is dit in de inleiding te zien, p.7-8.

deze ruilverhouding, maar bevestigt haar ook.³² Hoewel het recht de arbeidsrelatie als een bijzondere relatie behandelt en de arbeidsovereenkomst als een bijzondere overeenkomst, feit blijft dat de arbeidsrelatie in het arbeidsrecht als een markttransactie geformaliseerd is.

Waarom is dit een belangrijk feit? De markttransactie waar het bij de arbeidsovereenkomst om gaat, betreft namelijk niet datgene wat de werknemer doet of produceert voor de werkgever, maar juist zijn arbeidskracht. Het vermogen van de werknemer om te werken wordt op de arbeidsmarkt 'geruild', opdat de werkgever het mag aanwenden voor eigen doeleinden. Zoals in de literatuur dikwijls terecht is geconstateerd, kan die arbeidskracht niet van de persoon zelf worden gescheiden.³³ Het arbeidsrecht maakt het echter juridisch mogelijk om de arbeidskracht op de markt te 'verkopen' en daarmee dus *jezelf* in dienst te stellen bij een werkgever.³⁴ De wet schrijft ook voor dat de werknemer de arbeid in persoon moet verrichten.³⁵ Dit (fundamentele) aspect van het arbeidsrecht kan naar mijn oordeel als een 'economische' doelstelling van dit rechtsgebied geduid worden.³⁶ Het zorgt er niet alleen voor dat de markttransactie van persoonlijke arbeid 'succesvol' verloopt,³⁷ maar het formaliseert de arbeidsrelatie als een markttransactie. Het recht creëert de markt en het arbeidsrecht doet daarin zijn deel.

Het zou bovendien te eenvoudig zijn om de sociale doelen en de marktdoelen als twee gescheiden dimensies of beleidsstrategieën te zien. Zelfs wanneer enkel de vrije markteconomie nagestreefd wordt, dan blijven correcties op de marktwerking noodzakelijk. In feite rekenen alle voorstanders van de vrije markt op de staat en staatswetgeving met name wanneer het aankomt op waarborging van het recht op bezit, nakoming van private overeenkomsten en het voeren van een centraal monetair beleid.³⁸ De markt is niet een autonoom fenomeen en contractsvrijheid alleen is niet voldoende in een geciviliseerde maatschappij om die markt te doen werken. Partijen moeten zich kunnen wenden tot een instantie (de rechter) die geschillen kan oplossen en nakoming van het contract kan bevelen, welk bevel weer ondersteund kan worden door de inzet van een politiemacht als ultiem middel. Die rechters zullen

32 Zie de wettelijke definitie van de arbeidsovereenkomst in art. 7:610, lid 1 BW: de arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.

33 Zie bijv. T. Koopmans, *De begrippen werkman, arbeider en werknemer*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1962, p. 73; P. Humblet, *De gezagsuitoefening door de werkgever*, Antwerpen: Kluwer 1994, p. 76.

34 Omdat de arbeid niet gescheiden kan worden van de persoon, krijgt de werkgever in feite niet alleen de beschikking over de arbeidskracht van de werknemer, maar ook over de persoon zelf, zie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 25; A.T.J.M. Jacobs, 'Het typische van het arbeidsrecht', *NJB* 1997, p. 1972.

35 Art. 7:659, lid 1 BW.

36 Als die twee (sociale en economische doelen) als gescheiden van elkaar gezien kunnen worden, waarover meer hieronder.

37 H. Collins, *Employment law*, Oxford University Press 2003, p. 5.

38 E.L. Rubin, 'Deregulation, regulation, and the myth of the market', *Washington and Lee Law Review* 1988, vol. 45, p. 1266; S. Deakin, 'Social Rights in a Globalized Economy' in Ph. Alston (red.) *Labour Rights as Human Rights*, Oxford University Press, 2005, vanaf p. 52.

bij afwezigheid van enige wetgeving over bijvoorbeeld de uitleg van de contracten of over de voorwaarden waaraan contracten moeten voldoen zelf regels maken. Daarom is enige 'regulering' altijd nodig en komt beleid gericht op herstel of creatie van de vrije markt in feite neer op een ander soort regulering en niet op deregulering.³⁹ Een markt is immers een 'social creation' en niet een 'force of nature'.⁴⁰ Zo ondersteunen veel herverdelende en beschermende regels uit het arbeidsrecht de markt(werking).⁴¹

Het zou in mijn ogen ook te beperkend werken om een strikt onderscheid te maken tussen enerzijds het doel van arbeidsrecht om de relatie tussen werkgever en werknemer (op een rechtvaardige manier) te regelen en anderzijds het (recentere) *arbeidsmarktdoel* van het arbeidsrecht. Dit onderscheid in drie van elkaar gescheiden belangen (werkgevers-, werknemers- en overheidsbelang) wordt in de literatuur vaak al dan niet impliciet gemaakt.⁴² Het is echter zeer de vraag of dit laatste belang niet steeds in een van de twee categorieën valt. In de meeste gevallen zullen de regelingen op basis van een bepaalde arbeidsmarktpolitiek steeds of het werkgeversbelang of het werknemersbelang dienen.⁴³ Ook wanneer men bijvoorbeeld zou aannemen dat verhoging van arbeidsmarktparticipatie niet direct in het belang van de werkgevers en ook niet in het belang van de werknemers is, maar een overheidsbelang vormt, dan nog kan de manier waarop men dit doel tracht te bereiken ervoor zorgen dat van de eventuele regeling wel gezegd kan worden dat zij het werkgevers- dan wel het werknemersbelang dient. Hoopt men bijvoorbeeld de werkgelegenheid te verhogen door het ontslagrecht te versoepelen, dan zal een dergelijke regeling in de eerste plaats voordelig zijn voor de werkgevers.⁴⁴

Tegenover het hierboven uiteengezette argument dat economische doelen niet vreemd zijn aan het arbeidsrecht zou men kunnen stellen dat het arbeidsrecht weliswaar de arbeidsrelatie als een markttransactie als uitgangspunt neemt, omdat dat nu eenmaal de maatschappelijke werkelijkheid is, maar dat het arbeidsrecht *vervolgens* die transactie of die ruilverhouding geenszins vrij laat en daarmee

39 Zie ook R. Hyman, 'The State in Industrial Relations' in P. Blyton e.a. (eds.) *Handbook of Industrial Relations* (London: SAGE, 2008) p. 258-283.

40 Aldus de econoom Ha-Joon Chang van Cambridge University, zie www.guardian.co.uk/commentisfree/2013/apr/05/company-profits-welfare-payments-society.

41 S. Deakin, 'Social Rights in a Globalized Economy' in Ph. Alston (red.) *Labour Rights as Human Rights*, Oxford University Press, 2005, p. 55.

42 Zie voor impliciet gemaakte onderscheid bijv. I.P. Asscher-Vonk, *Dienend sociaal recht?*, (afscheidsrede Nijmegen) Deventer: Kluwer 2009, p. 20, 26. Voor expliciet(er) onderscheid, zie bijv. het commentaar van Boot op de regeling van inlenersaansprakelijkheid voor het betalen van minimumloon in art. 7:692 BW; volgens hem is dit 'een staaltje arbeidsmarktpolitiek dat wij tot dusverre in het BW niet kenden', G.C. Boot, 'Nieuwe inlenersaansprakelijkheid op grond van art. 7:692 BW', *ArbeidsRecht* 2011/10.

43 Ook bij de hierboven genoemde inlenersaansprakelijkheid kan men zeggen dat de regeling (de belangen van) de werknemers beschermt. Een andere vraag is of op deze wijze voldoende bescherming wordt geboden.

44 Vlg. de eerdere verwijzing naar de afscheidsrede van Asscher-Vonk, waarin ze beschrijft hoe de beleidsmakers het ontslagrecht zo willen inrichten dat 'de arbeidsmarkt beter functioneert', terwijl volgens haar daarmee uit het oog wordt verloren dat de focus van het arbeidsrecht moet zijn de relatie werkgever-werknemer.

dus primair marktbeperkend werkt.⁴⁵ Daardoor zou niet volgehouden kunnen worden dat het arbeidsrecht ook economische doelstellingen nastreeft; althans niet in de lijn van het Europese werkgelegenheidsbeleid dat juist marktcreatie als uitgangspunt heeft. Dat het arbeidsrecht primair marktbeperkend werkt, zou men kunnen vaststellen door te kijken naar de arbeidsregels met betrekking tot gezondheid, veiligheid, werkuren, loon etc. Die regels schrijven steeds voor waar de werkgever en de werknemer zich aan moeten houden en zij laten weinig en soms geen ruimte voor vrije individuele onderhandeling of vrije concurrentie. 'De arbeidsrelatie wordt dus niet 'echt' aan de markt overgelaten', zo zou men kunnen stellen. Toch laat men in deze redenering een zeer belangrijk aspect van de arbeidsmarktwerking buiten beschouwing en dat is het aangaan van de arbeidsovereenkomst, dat in zeer grote mate vrij is gelaten door het arbeidsrecht. De werkgever beschikt over een bijna onbeperkte beoordelingsvrijheid om een arbeidsrelatie met iemand al dan niet aan te gaan.⁴⁶ Vervolgens heeft hij een aanzienlijke beoordelingsvrijheid met betrekking tot het soort contract dat hij iemand wil aanbieden, waarmee hij in principe de duur van de arbeidsrelatie kan bepalen.⁴⁷ Deze voorbeelden van contractsvrijheid die (ook) in het arbeidsrecht aanwezig zijn, betreffen allesbehalve ondergeschikte aspecten van de ruilverhouding en de marktwerking. Om dit in aanmerking te nemen, moet men echter kijken naar wat door het arbeidsrecht *niet* gereguleerd is en niet alleen naar dat wat wel gereguleerd is. Toch zijn de aspecten van de arbeidsrelatie die niet expliciet gereguleerd zijn juridisch relevant en dienen ze bij de beschouwingen over de aard van het arbeidsrecht betrokken te worden. Daarbij komt dat het arbeidsrecht niets aan de productie- en eigendomsverhoudingen verandert. Een impliciet, maar zeer belangrijk, onderdeel van de arbeidsovereenkomst is bijvoorbeeld dat de opbrengsten van het werk dat de werknemer verricht alleen aan de werkgever toekomen en niet aan de werknemer.

Het arbeidsrecht draagt dus bij aan de markteconomie en die markteconomie is tevens de context waarin het arbeidsrecht opereert. Contractsvrijheid, ondernemersvrijheid, het recht op eigendom zijn rechtsbeginselen die ook in het arbeidsrecht doorwerken. Het recht laat daarnaast belangrijke aspecten van de arbeidsrelatie, zoals het aangaan van die relatie, vrij. Om deze redenen houdt mijns inziens de redenering dat het arbeidsrecht primair sociale doelen nastreeft en (traditioneel) niet

45 Zie bijv. M. de Vos, 'Perspectief op oorsprong, realiteit en duurzaamheid van flexizekerheid' in *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber amicorum Prof. Dr. Othmar Vanachter*, Antwerpen: Intersentia, 2009, p. 730.

46 Vlg. echter Asscher-Vonk, die schrijft over het bestaan 'een groot aantal normen, van allerlei aard en herkomst', die van toepassing zijn op het aangaan van een dienstbetrekking 'door of met een outsider', zie I.P. Asscher-Vonk, *Toegang tot de dienstbetrekking*, diss. UvA, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 13. Van de wettelijke regels die zij vervolgens bespreekt, zijn echter het wettelijk verbod een vreemdeling arbeid te doen verrichten en het wettelijk verbod van kinderarbeid de belangrijkste. Verder richt zij zich met name op de gelijke behandelingswetgeving.

47 De beoordelingsvrijheid m.b.t. het soort contract is door het arbeidsrecht in sommige opzichten wel beperkt, voornamelijk bij opvolging van meerdere contracten, toch is deze m.i. nog steeds aanzienlijk te noemen.

marktondersteunend werkt geen stand.⁴⁸ Eerder kan verdedigd worden dat het huidige (nationale) arbeidsrecht de markt *corrigeert*, hoewel het dat misschien op een andere manier doet, dan vanuit het flexicurity-model (of het neoliberale model) zou voortvloeien. Om de woorden van Fudge te gebruiken: 'Labour law, even during its golden period, was concerned with *production and protection*.'⁴⁹ Het is immers de 'sociaal gecorrigeerde vrijemarkteconomie' die de grondslag vormt van de huidige maatschappelijke en sociaaleconomische ordening, zoals Rigaux dat stelt, en 'het arbeidsrecht stelt de maatschappelijk en sociaaleconomische ordening op dit punt niet in vraag, maar bevestigt deze'.⁵⁰

3.2.2 Arbeidsrecht als beschermingsrecht

Tegen de constatering dat het arbeidsrecht weldegelijk de markt als uitgangspunt neemt en de markt ondersteunt, kan ingebracht worden dat het arbeidsrecht de arbeidsmarkt op sommige punten wellicht vrij laat, maar dat daar waar *wel* regels zijn, het arbeidsrecht de contractsvrijheid beperkt en altijd om de werknemer te beschermen. De werknemer wordt in het arbeidsrecht immers geacht de zwakkere (onderhandelings)partij te zijn en om die reden moet de werknemer beschermd worden. Flexicurity (en werkzekerheid als onderdeel daarvan) zou niet verenigbaar zijn met het arbeidsrecht, omdat flexicurity de goede werking van de arbeidsmarkt – en daarmee de gehoopte werkgelegenheidsgroei – als uitgangspunt neemt, terwijl het uitgangspunt bij het arbeidsrecht werknemersbescherming is.

Het komt redelijk vaak voor dat het arbeidsrecht met 'beschermingsrecht' wordt vereenzelvigd en als zodanig wordt omschreven.⁵¹ Hoewel er inmiddels hevige discussie is omtrent de manier waarop het arbeidsrecht de werknemer beschermt en omtrent het bereik van het arbeidsrecht – wie wel de bescherming krijgt en in welke mate en wie die bescherming niet krijgt – de meerderheid in de literatuur lijkt nog steeds over een aantal dingen eens te zijn. Om de woorden van Arthurs te gebruiken: 'Whatever its substantive content, we can at least be sure that labour law

48 Vlg. bijv. Jacobs die het behalen van economische doelen als een belangrijke ordeningsfunctie van het sociaal recht ziet, A.T.J.M. Jacobs, 'Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie', in: L. Betten (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 72. Zie daarnaast Van Peijpe die als een organisatorische functie van het arbeidsrecht ziet 'het verhinderen dat tegengestelde klassenbelangen de voortgang van de maatschappelijke productie verstoren', T. van Peijpe, 'Ongelijkheidscompensatie in het ontslagrecht', in: Betten, L. e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 370.

49 J. Fudge, 'Labour as a 'fictive commodity'', in G. Davidov en B. Langille (red.) *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press 2011, p. 123.

50 M. Rigaux, *Labour Law or Social Competition Law? On labour in its relation with capital through law*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 24. Ook voor de EU als project geldt dit. Het Verdrag van de EU noemt immers 'sociale markteconomie' als de inzet van de Unie, naast bijv. 'volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang', bescherming van het milieu, bevordering van de wetenschappelijke en technische vooruitgang, bestrijding van sociale uitsluiting en discriminatie en bevordering van 'sociale rechtvaardigheid en bescherming', zie art. 3 lid 3 VUE.

51 Bijv. G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, diss. UU, SDU uitgevers 2005, p. 7: 'Vanuit juridisch perspectief is arbeidsrecht echter beschermingsrecht.' Zie ook A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, diss. UvA, 2008, p. 156: 'Sinds het begin van de 20e eeuw is het arbeidsrecht dus voor een belangrijk deel beschermingsrecht.'

is about 'labour', that it operates in the context of 'employment', that it is designed to protect 'workers'.⁵² Het arbeidsrecht zou, met andere woorden, primair de belangen van de werknemer beschermen. Tot deze conclusie komen vooral de auteurs die het arbeidsrecht vergelijken met het 'algemene overeenkomstenrecht', waarbij dikwijls verondersteld wordt dat het algemene overeenkomstenrecht 'neutraal' is, in die zin dat het 'geen ingeweven voorkeur voor bijvoorbeeld de belangen van zwakke ten opzichte van sterke partijen' kent, zoals het arbeidsrecht dat wel kent.⁵³

Bij het 'neutrale' van het algemene overeenkomstenrecht kunnen echter inmiddels vraagtekens worden gesteld. Het overeenkomstenrecht kent steeds meer prioriteit toe aan de bescherming van de 'zwakkere partij'.⁵⁴ Cherednychenko legt in haar proefschrift uit dat het privaatrecht weliswaar oorspronkelijk was ontworpen als dat deel van het recht dat de sfeer van de positieve vrijheid van private partijen waarborgt. De belangrijkste rechten die toegekend werden aan burgers waren dan ook het recht op eigendom en contractsvrijheid. Het privaatrecht kon worden gezien als vrij van overheidsbeleid of 'rechtvaardigheids-vraagstukken'. In de laatste helft van de vorige eeuw zijn daar echter veranderingen in gekomen. Ook het privaatrecht wordt in toenemende mate beïnvloed door beleidsvraagstukken. Vooral de bescherming van de zwakkere partij bij de overeenkomst (zoals de consument en de huurder) krijgt een plek in het privaatrecht. Ook deze 'bewegingen' in het privaatrecht kunnen weliswaar beschreven worden als 'marktbeperkend' en als een uitzondering op het principe van contractsvrijheid, hoewel men de vraag kan stellen of de uitzondering niet een regel aan het worden is. Meer en meer auteurs pleiten voor de erkenning van het beginsel van de bescherming van de zwakke partij als leidend beginsel van het Nederlandse contractenrecht, nevens geschikt aan contractsvrijheid.⁵⁵

Het kan bovendien te beperkend zijn om de bescherming van de werknemer als de zwakkere partij aan te merken als de enige of bepalende doelstelling of grondslag van het arbeidsrecht. Daarmee komt te weinig naar voren dat het arbeidsrecht zeer zeker ook de belangen van de werkgevers in acht neemt.⁵⁶ Vooral bij wetgeving die vanaf de jaren '80 tot stand is gebracht is dit evident.⁵⁷ Maar ook voor die tijd heeft bij de totstandkoming van de 'beschermende' wetgeving steeds een belangenafweging plaatsgevonden. De behoeften van de werknemer als mens zijn elke keer afgezet tegen de belangen van de werkgevers als ondernemers en 'scheppers' van

52 H. Arthurs, 'Labour law after Labour', in G. Davidov en B. Langille (red.) *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press 2011, p. 18.

53 W.L. Roozendaal, *Werk en Privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht*, diss. Radboud Universiteit Nijmegen, Deventer: Kluwer 2011, p. 246.

54 O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, diss. UU, Sellier, European law publishers 2007.

55 E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over verandering van paradigma van het privaatrecht', in T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 393.

56 Guy Mundlak omschrijft arbeidsrecht als 'brokerage of power that is distributed between labour and capital', zie 'The third function of labour law', in G. Davidov en B. Langille (red.) *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press 2011, p. 316.

57 Een duidelijk voorbeeld is hier de Wet Flexibiliteit en Zekerheid. Zie ook: Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit? Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst*, diss. UU, Den Haag: Boom juridische uitgevers 1999, p. 29.

banen.⁵⁸ Hoe de afweging van die belangen uiteindelijk is uitgevallen verschilt per onderwerp en is voornamelijk afhankelijk van de politieke verhoudingen en de economische omstandigheden ten tijde van de totstandkoming van de wettelijke regeling van het betreffende onderwerp.⁵⁹ Steeds is ook gekeken naar de interactie tussen het arbeidsrecht en de werking van de arbeidsmarkt en de economie.⁶⁰

Het arbeidsrecht maakt weliswaar duidelijk onderscheid tussen de belangen van de werknemers en de belangen van de werkgevers, maar dat wil niet zeggen dat de wetgever in *alle* gevallen de belangen van de werknemer zwaarder heeft laten wegen, omdat deze de zwakkere partij is bij de overeenkomst.⁶¹ Noch is het zo dat de rechter bij geschillen steeds het voordeel gunt aan de werknemer, omdat die de zwakke partij is. Zo worden onduidelijke contractuele bepalingen zeker niet alle gevallen in het voordeel van de werknemer uitgelegd.⁶²

Daarbij kunnen we ons afvragen of de beschermende aspecten van het arbeidsrecht alleen de werknemersbelangen dienen. De arbeidsregels betreffende de arbeidsomstandigheden zijn misschien niet de verplichtingen die elke individuele werkgever uit eigen beweging zichzelf zou opleggen, maar het kan niet betwist worden dat werkgevers ook gebaat zijn bij gezonde werknemers. Investeren in algemene (dus niet bedrijfsspecifieke) scholing van werknemers is een ander voorbeeld van een activiteit die een werkgever, althans volgens de economische theorie, niet zou willen uitoefenen. Er bestaan immers voor de werkgever weinig *prikkels* om in werknemers te investeren wanneer hij daar zelf geen direct profijt van heeft. Toch wordt regelmatig benadrukt dat niet alleen werknemers profijt hebben van algemene scholing, maar ook werkgevers, omdat ze dan de beschikking hebben over breed inzetbare werknemers, wat weer leidt tot hogere productiviteit.

Het arbeidsovereenkomstenrecht is echter (ook) op een meer directe manier altijd zeer waardevol geweest voor ondernemingen.⁶³

'Two great innovations lie behind the rise of the modern business enterprise: *limited liability* and the *employment relationship*. The first revolutionized company finance, opening up a vast new supply of capital. The second has revolutionized the organisation of labour services, providing firms and workers with a very flexible method of coordination and platforms for investing in skills.'

58 De belangen van de werkgevers kunnen kort worden omschreven als de belangen om de onderneming efficiënt en concurrerend te organiseren.

59 Vlg. W.J.P.M. Fase, 'Sociale rechtsvorming of scharrelrecht?' SMA 2001 nr. 5, p. 251. Zie ook Roozendaal 2011, p. 381.

60 N. Bruun en B. Hepple, 'Economic Policy and Labour Law', in B. Hepple en B. Veneziani (red.), *The Transformation of Labour Law in Europe. A comparative study of 15 countries 1945-2004*, Hart Publishing 2009, p. 31.

61 Vlg. Jacobs die ook kritisch is over de ongelijkheidscompensatie als het belangrijkste kenmerk van het sociaal recht. A.T.J.M. Jacobs, 'Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie', in L. Betten et al. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 67-80.

62 C.E. Dingemans en O. van der Kind, 'Ongelijkheidscompensatie en onduidelijke bedingen', *Arbeidsrecht* 2001/4.

63 D. Marsden, *A Theory of Employment Systems: Micro-Foundations of Societal Diversity*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 4.

Door het arbeidsrecht is het gezag van de werkgever over de werknemer 'geïstitutionaliseerd'. Dat zien we terug in de wettelijke definitie van de arbeidsovereenkomst: 'de arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt *in dienst van de andere partij*, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten'.⁶⁴ Het arbeidsrecht beschermt dus de werknemer, maar tegelijk erkent het werkgeversgezag als principe.⁶⁵ Daardoor is het arbeidsrecht ook zeer waardevol voor ondernemingen. Dit is ook de reden waarom ondernemingen in beginsel prefereren te werken met mensen in loondienst. Hoewel het aantal zelfstandigen in Nederland lijkt te groeien, is het werken in loondienst nog steeds de dominante manier van werken. De arbeidsovereenkomst geeft de werkgever namelijk een grote mate van discretionaire bevoegdheid. Hij mag niet alleen bepalen wat de werknemer moet doen, maar ook hoe, waar, wanneer en met wie hij dit moet doen. Dit geeft hem ook veel flexibiliteit. De flexibiliteit is tot een zekere hoogte⁶⁶ wettelijk in de arbeidsovereenkomst verpakt. Het arbeidsrecht neemt bijvoorbeeld sneller een grondslag voor eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst aan dan op grond van het vermogensrecht zou worden aangenomen. In die zin biedt het arbeidsrecht meer flexibiliteit (voor de werkgever) dan het vermogensrecht.⁶⁷ Een ander element van de arbeidsovereenkomst dat de belangen van de werkgever dient is het impliciete element dat de opbrengsten van het werk dat de werknemer verricht alleen aan de werkgever toekomen en niet aan de werknemer.⁶⁸ Door een arbeidsovereenkomst te sluiten doet de werknemer (meestal impliciet) afstand van de eigendom over datgene hij maakt.⁶⁹ Bij intellectuele eigendom is dit echter het meest expliciet aan de orde; in verschillende wetten staat dat de werkgever de intellectuele eigendom heeft over het product dat in loondienst wordt gemaakt.⁷⁰

Het accepteren van het werkgeversgezag en de afstand van eigendom zijn voorwaarden voor werknemersbescherming.⁷¹ De arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer en een groot deel van de sociale zekerheid zijn alleen aan de arbeidsovereenkomst gekoppeld. Wil iemand van de 'arbeidsrechtelijke bescherming' genieten, wil hij of zij bijvoorbeeld recht hebben op verlof, vakantie, rusttijden,

64 Art. 7:610, lid 1 BW.

65 Zie ook Jacobs, 'Het typische van arbeidsrecht', *NJB* 1997, p. 1972.

66 'Tot op zekere hoogte' verwijst naar de wettelijke begrenzing van de uitoefening van het gezag door de werkgever.

67 Tot die conclusie komt Van Slooten in zijn dissertatie, J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, diss. UvA 1999, p. 410.

68 Zie bijv. C.A.M. van de Pavard, *De opzegging van distributieovereenkomsten*, Deventer: Kluwer 1999, p. 179 e.v. De werkgever en werknemer kunnen overigens wel afspreken dat de werknemer recht heeft op een winstaandeel, maar dit is niet een standaard onderdeel van loon. Sterker nog, wanneer alleen een winstaandeel is afgesproken als tegenprestatie voor het verrichte werk, dan zal er geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst.

69 M. Rigaux, *Labour Law or Social Competition Law? On labour in its relation with capital through law*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 38.

70 Zie bijv. art. 7 van de Auteurswet waar de werkgever juist als maker van het werk wordt aangemerkt, indien en voor zover de taak van de werknemer eruit bestaat zulk werk te produceren.

71 Ook Bungener bijvoorbeeld constateert dat in het recht een samenhang aanwezig is tussen de bescherming en de ondergeschiktheid, A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, diss. UvA, 2008, p. 158.

loondoorbetaling bij ziekte, veilige arbeidsomstandigheden, medezeggenschap in het bedrijf, gelijke behandeling ten opzichte van de andere werknemers in het bedrijf, behoud van arbeidsvoorwaarden bij overgang van onderneming, beperking van de aansprakelijkheid bij schade, dan moet hij of zij in principe een arbeidsovereenkomst hebben en dus het werkgeversgezag accepteren.⁷² De arbeidsovereenkomst wordt dan ook een lange tijd een 'entreebiljet' genoemd.⁷³

De verwezenlijking van een groot aantal sociale grondrechten is in feite gekoppeld aan het werken in loondienst. Daarmee wordt het werken in loondienst sterk bemoedigd. Een juistere constatering over de aard van het arbeidsrecht zou dus moeten zijn dat het (arbeids)recht inderdaad de werknemer beschermt, maar ook *stuurt* richting het werken in loondienst, wat zeer in het belang is van werkgevers, zoals hierboven is uitgelegd.

3.2.3 Kan werkzekerheid baanzekerheid vervangen?

Hierboven is betoogd dat werkzekerheid (als onderdeel van flexicurity) niet zo ver af staat van de 'fundamenten' van het arbeidsrecht⁷⁴ dat zij daarmee onverenigbaar zou zijn. Bovendien is in het vorige hoofdstuk komen vast te staan dat werkzekerheid grote gelijkenis vertoont met het oudere 'recht op arbeid' wat werkzekerheid als beleidsstrategie in dat opzicht legitimiteit verschaft. Vastgesteld is echter ook dat het recht op arbeid ook andere normatieve implicaties heeft behalve de verplichting naar volledige werkgelegenheid te streven. De overheid dient ook een bepaalde mate van kwaliteit van de banen te waarborgen en de arbeidsrelatie zo in te richten dat de werknemer beschermd wordt tegen onredelijk ontslag. Werkzekerheid kan baanzekerheid dus niet volledig vervangen, omdat het hebben van werk nog niets zegt over de kwaliteit van dat werk.⁷⁵

Tegelijk zegt baanzekerheid niets over iemands mogelijkheid om *ander* werk te vinden. Het risico dat de loopbanen steeds meer gefragmenteerd raken is tegenwoordig groot. Werkgevers hebben vandaag de dag immers aanzienlijk minder (economische) autonomie in het organiseren en het leiden van de onderneming.⁷⁶

72 M. Rigaux, *Labour Law or Social Competition Law? On labour in its relation with capital through law*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 37. Daarnaast is de arbeidsovereenkomst een voorwaarde voor een groot deel van de sociale zekerheid, hoewel voor een aantal sociale voorzieningen de 'werknemer-status' niet bepalend is. Wanneer iemand echter een uitkering krijgt, is hij vaak verplicht naar werk (in loondienst) te zoeken dan wel aangeboden passend werk te accepteren.

73 A. Jaspers, 'Betekenis en functie van de arbeidsovereenkomst in haar maatschappelijke context', *SMA* 1982, p. 539-540.

74 Als fundamenten van het arbeidsrecht zijn hier aangemerkt (1) dat het arbeidsrecht gericht is op sociale doelen en minder te maken heeft met marktvraagstukken en (2) dat het arbeidsrecht de werknemer beschermt. Bij een andere invalshoek zouden andere fundamenten als uitgangspunt genomen kunnen worden.

75 Zie voor een vergelijkbare opvatting, S.S.M. Peters, 'Ontslag(zeker) van Donner tot Bakker', *SMA* 2008, nr. 10; A.R. Houweling, 'Investeren in werkzekerheid', *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht compleet* (TvO) 2007, nr. 6.

76 B. Veneziani, 'The Employment Relationship', in B. Hepple en B. Veneziani, *The Transformation of Labour Law in Europe*, Hart Publishing 2009, p. 112.

Zij zijn steeds vaker afhankelijk van een breder (internationaal) netwerk van ondernemingen. De globalisering heeft daarnaast geleid tot een toegenomen concurrentie en grotere en snellere veranderingen in de conjunctuur. De werkgevers zijn dus meer dan in het verleden genoodzaakt om de organisatie van hun onderneming aan te passen aan die schommelingen, wat niet zelden resulteert in aanpassingen in het personeelsbestand. De ondernemingen hebben zich bovendien steeds meer moeten toeleggen op hun kernactiviteiten, waardoor ze minder 'bewegingsruimte' hebben bij het inzetten van hun werknemers. Ontslagbescherming kan om deze redenen steeds minder bijdragen aan baan zekerheid. Verdere inspanningen op het gebied van werkzekerheid lijken in die zin gerechtvaardigd. Bij werkzekerheid wordt juist uitgegaan van het hebben van *verschillende werkgevers*. Maatregelen op het gebied van inzetbaarheid en hulp bij transities kunnen de groter worden afhankelijkheid van de voortdurende schommelingen op de (arbeids)markt in bepaalde opzichten compenseren.

3.3 De verenigbaarheid met het cao-recht

Dat uitwerking van werkzekerheid in het arbeidsrecht uit het oogpunt van *overheidsbeleid* legitiem en wenselijk is, zegt nog niet zo veel over de wenselijkheid van werkzekerheid in het kader van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Om die vraag vanuit de rechtstheoretische benadering te beantwoorden, moeten we in de eerste plaats de vraag stellen hoe werkzekerheid als doelstelling zich verhoudt tot de doelstellingen of functies die de cao traditioneel vervult. Om in te gaan op de verhouding met de nieuwe doelstelling, moet eerst de traditionele rol kort worden beschreven. Vervolgens komt de vraag aan bod of het legitiem is dat de cao-partijen de voornaamste rol krijgen in de vormgeving van werkzekerheid. Ten behoeve van beide vragen moet eerst kort het juridische kader van de cao worden beschreven. De cao als *rechtsfiguur* neemt namelijk een afwijkende positie in het juridische bestel. Die afwijkende positie is zo gecreëerd om het collectieve overleg – en de cao als resultaat daarvan – bepaalde functies te laten vervullen of in bepaalde maatschappelijke behoeften te laten voorzien.⁷⁷ Door die maatschappelijke behoeften (globaal) te verkennen, komt men op het vlak van de functies en de legitimiteit van de cao.

3.3.1 Het juridische kader van de cao

Collectieve arbeidsrechten worden gevormd door een drieluik van rechten: het recht om zich te verenigen, het recht om collectief te onderhandelen en het recht om collectief acties te voeren, meer specifiek, het recht op staken. Deze rechten zijn als fundamentele rechten erkend in verschillende mensenrechtenverdragen. Zo bestaan een aantal ILO-Verdragen op dit gebied, waarvan ILO-ILO-Verdrag nr. 87 betreffende de vakverenigingsvrijheid en Verdrag nr. 98 betreffende het recht op collectief onderhandelen de belangrijkste zijn. Ook de twee VN-verdragen (het Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten en het Verdrag inzake Economische, Sociale en

⁷⁷ Vlg. De Schets, p. 242 e.v.

Culturele Rechten) gebaseerd op de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens garanderen expliciet het recht van vakvereniging en impliciet het recht op collectief onderhandelen.⁷⁸ In het Europees Sociaal Handvest (ESH) van de Raad van Europa nemen de collectieve arbeidsrechten ook een belangrijke plaats. Artikel 5 erkent het recht op vrijheid van vakorganisatie, terwijl artikel 6 het recht op collectief onderhandelen erkent.⁷⁹ Het recht om te staken – of beter, het recht om collectief actie te voeren – komt men als zodanig minder vaak tegen in de internationale verdragen, hoewel dit recht een ‘onmisbare pijler’ is voor het cao-systeem.⁸⁰ Artikel 6 van het ESH dat het recht op collectief onderhandelen erkent, noemt in het vierde lid wel expliciet het stakingsrecht.⁸¹

Met de eenwording van de Europese Unie heeft het recht van collectief overleg een bijzondere ontwikkeling doorgemaakt. De Europese integratie was aanvankelijk slechts gericht op het creëren van de interne markt; daarvoor was niet nodig om ook het sociaal beleid van de lidstaten te harmoniseren, zo dachten ook de oprichters van het Verdrag van Rome in 1957.⁸² In de jaren erna zag men echter in dat het nationale sociaal beleid, inclusief het nationale arbeidsrecht, steeds in conflict kwam of kon komen met de principes van de interne markt. Dit gebeurde met name doordat het Europese Hof van Justitie de vier fundamentele vrijheden – vrij verkeer van goederen en diensten, vrij verkeer van werknemers en vrije vestiging – steeds zo toepaste, dat alle nationale regels ‘omvergeworpen’ werden die opzettelijk dan wel onopzettelijk de compleet vrije handel tussen de lidstaten beletten of verstoorden.⁸³ Nadat op EU-niveau geleidelijke ook sociale doelstellingen werden geïntroduceerd, evolueerde het Europese integratieproject in een soort constitutionele organisatie, met nu een eigen ‘Handvest van de grondrechten van de Europese Unie’. In dit EU Handvest is ook een aantal ‘arbeidsrechten’ erkend als grondrechten. Artikel 28 van het Handvest bepaalt dat werkgevers en werknemers (of hun respectieve organisaties) het recht hebben om op ‘passende niveaus’ collectief te onderhandelen en cao’s te sluiten en, in geval van belangenconflicten, collectieve acties – met inbegrip van staking – te ondernemen.⁸⁴ Daarnaast ‘erkent en bevordert’ de Unie de rol van de

78 Zie art. 22 BuPo en art. 8 EcSoCu. Het Mensenrechtencomité en het Comité voor EcSoCu (belast met de controle op naleving van de genoemde verdragen) hebben het vakverenigingsrecht consistent zo uitgelegd dat het recht op collectief onderhandelen eronder valt. Zie ook P. Macklem, ‘The Right to Bargain Collectively in International Law: Workers’ Right, Human Right, International Right?’ in Ph. Alston (ed.) *Labour Rights as Human Rights*, Oxford University Press 2005, p. 73.

79 Ook het EVRM erkent in artikel 11 het (algemene) recht van vrijheid van vergadering en vereniging, met inbegrip van ‘het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen’.

80 A.T.J.M. Jacobs, ‘De houdbaarheid van ons cao-systeem’, *ArbeidsRecht* 2006 nr. 8/9, p. 43.

81 De HR heeft in 1986 (NJ 1986, 688, NS-arrest) geoordeeld dat art. 6 lid 4 ESH rechtstreeks werkt in het Nederlandse recht en eenieder bindt.

82 D. Ashiagbor, ‘Collective Labor Rights and the European Social Model’, *Law & Ethics of Human Rights* 2009 vol. 3, nr. 2, p. 229.

83 Er was dus in de eerste instantie sprake van een ‘negatieve integratie’ van de markt, aangezien de nadruk werd gelegd op verwijdering van alle beperkingen op de vrije markt, Ashiagbor 2009, p. 230.

84 Art. 12 van het EU Handvest erkent het recht op vrijheid van vergadering en vereniging. NB Dit recht moet overeenkomstig het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken worden uitgeoefend.

sociale partners ook op het niveau van de Europese Unie.⁸⁵ Anders dan in andere mensenrechtenverdragen, bevinden zich binnen deze context echter ook de 'vier vrijheden' als afzonderlijke, op gelijke voet staande, fundamentele rechten.⁸⁶

Erkenning van het recht op collectief onderhandelen op dit niveau heeft erin geresulteerd dat het Europese Hof van Justitie heeft geoordeeld dat cao's in beginsel buiten de werkingssfeer van het Europese mededingingsrecht vallen voor zover zij in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten en voor zover ze gaan over *traditionele* cao-onderwerpen, zoals lonen en andere arbeidsvoorwaarden.⁸⁷ Het was belangrijk om cao's buiten de werkingssfeer het mededingingsrecht te houden, aangezien een zekere mededingingsbeperkende werking eigen is aan collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties. Veel juristen zien hierin een erkenning van de legitimiteit van collectief onderhandelen binnen het Europese recht en tot op zekere hoogte een erkenning van de autonomie van collectief onderhandelen.⁸⁸

Voor zover inderdaad 'immuniteit' aan cao's was gegeven, geldt dit echter niet ten aanzien van de vrij verkeerregels.⁸⁹ Collectieve overeenkomsten vallen niet buiten de werkingssfeer van het Europese recht voor de interne markt.⁹⁰ Europese vrijverkeerregels mogen (in cao's) slechts beperkt worden, indien de beperking een met de Unie verenigbaar *legitiem doel* nastreeft en haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang.⁹¹ De beperking moet voorts geschikt zijn ter bereiking van het daarmee beoogde doel en mag niet verdergaan dan met het oog daarop noodzakelijk is. Collectieve actie die de bescherming van werknemers tot doel heeft, vormt *in beginsel* een legitiem belang dat een beperking van de vrij verkeerregels rechtvaardigt. Het uitgangspunt is nu echter dat de uitoefening van deze fundamentele rechten 'verzoend' of verenigd moet worden met de vrij verkeerregels van de interne markt.⁹² Dat betekent dat de uitoefening van die rechten alleen is toegestaan wanneer dat in overeenstemming is met de marktintegratie op Europees niveau.⁹³ De geldigheid van dit uitgangspunt en zijn precieze betekenis voor de praktijk zijn vooralsnog echter controversiële punten.

85 Art. 152 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

86 Dat de vier vrij verkeer-rechten als fundamentele mensenrechten worden erkend, is onder de juristen overigens niet onomstreden. Zie bijv. Ashiagbor 2009, p. 236-239.

87 Zie hoofdstuk 5 voor een uitgebreidere behandeling van de relatie tussen cao's en (Europees) mededingingsrecht.

88 Ashiagbor 2009, p. 240; C. Barnard en S. Deakin, 'In Search of Coherence: Social Policy, the Single Market and Fundamental Rights', *Industrial Relations Journal* 2000, vol. 31 nr. 4, p. 331-37.

89 Zie bijv. T.J.M. Smits en M.S. Wirtz, 'Uitdagingen voor het Nederlandse cao-stelsel vanuit Europees perspectief bezien' in A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.), *De Toekomst van het Cao-recht*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 188.

90 Zie het bijv. het Vikingarrest, HvJ 11 december 2007, zaak C-438/05, punt 54; HvJ 15 juli 2010, zaak C-271/08 (Europese Commissie/Bondsrepubliek Duitsland).

91 Noot bij de Viking- en Laval-zaak door Jaspers, SR 2008/12.

92 HvJ EU 18 december 2007, nr. C-341/05 (Laval).

93 Ashiagbor 2009, p. 263.

Het feit dat het recht op collectief onderhandelen is erkend als een universeel en fundamenteel recht *legitimeert* collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Het grondrecht geeft de werknemers en de werkgevers het recht om zich te verenigen en als een collectief op te treden én het geeft cao-partijen het recht om regelend op te treden.⁹⁴ Dit recht om collectief op te treden neemt een bijzondere plaats in tussen andere sociale grondrechten. Waar bij de meeste andere sociale grondrechten het individu centraal staat, stellen de collectieve rechten mensen juist in staat om *verenigd* (dus als een groep) *zelfgekozen* doelen na te streven.⁹⁵ Het recht is te kwalificeren als zowel een klassiek recht als een sociaal recht.⁹⁶ Het is aan de ene kant een vrijheid – de overheid mag er geen inbreuk op maken – en aan de andere kant een verplichting voor de staat, in die zin dat ze het collectief overleg moet stimuleren.⁹⁷

Net als bij veel andere sociale grondrechten kan de overheid kiezen hoe ze dit grondrecht wil bevorderen. Een van de belangrijkste manieren waarop de Nederlandse staat dit doet, is door de cao – het eindproduct van collectief onderhandelen – een bijzondere plaats te geven in het rechtsstelsel. Hoewel de cao in principe een overeenkomst is tussen private organisaties, zijn haar (rechts)gevolgen als het ware ‘verlengd’, opdat zij niet alleen tussen de contractsluitende partijen zelf en hun leden geldt, maar ook voor anderen. Ten eerste is in de Wet CAO geregeld dat elke collectieve afspraak vóór gaat op de individuele afspraak.⁹⁸ Elke individuele afspraak in strijd met de cao is nietig.⁹⁹ Ten tweede verplicht de wet de werkgever die zelf gebonden is aan een cao om de arbeidsvoorwaarden uit die cao ook op niet of anders georganiseerde werknemers in zijn bedrijf toe te passen.¹⁰⁰ Ten derde kan gewezen worden op het feit dat de minister de cao algemeen verbindend kan verklaren, zodat alle werkgevers uit de betreffende sector verplicht zijn om de cao-arbeidsvoorwaarden na te leven.¹⁰¹ Op deze manier, zoals zojuist kort geschetst, geeft de wetgever de cao een soort algemene werking, die verder gaat dan de normale werking van een contract.

94 Vlg. A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 283.

95 Supiot benadrukt bijv. dat dit juist een van de onderscheidende (en innovatieve) factoren is van de verzorgingsstaat ten opzichte van fascistische of communistische staten: het recht op collectieve actie om een eigen visie op een rechtvaardige samenleving na te kunnen streven. Zie A. Supiot, ‘The Labyrinth of Human Rights: Credo or Common Resource?’ *New Left Review* 2003 nr. 21, p. 118.

96 A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 278.

97 Art. 3 lid 2 ILO-Verdrag nr. 87 bepaalt dat de overheid zich moet onthouden van elke inmenging, welke het recht van de werknemers- en de werkgeversorganisaties om vrij te opereren kan beperken of de wettige uitoefening daarvan kan belemmeren. Onthouding van inmenging is echter niet voldoende. Art. 4 ILO-Verdrag nr. 98 bepaalt dat de overheid maatregelen moet treffen om collectieve arbeidsvoorwaardenvorming aan te moedigen en te bevorderen.

98 Wet van 24 december 1927, houdende nadere regeling van de Collectieve Arbeidsovereenkomst, *Stb.* 415.

99 Art. 12, lid 1 Wet CAO. NB Individuele werkgevers en werknemers mogen meestal wel van cao-normen afwijken wanneer dat ten gunste is van de werknemer.

100 Art. 14 Wet CAO.

101 Wet van 25 mei 1937 tot het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, *Stb.* 801.

Hieruit is snel af te leiden dat de cao verstrekken gevolgen heeft of kan hebben voor werknemers en werkgevers, ook wanneer zij zelf niet lid zijn geworden van een van de cao-partijen. Wanneer in aanmerking wordt genomen dat de cao-partijen – door het onderling sluiten van een overeenkomst – niet alleen normen maken waar zij zich aan moeten houden, maar ook anderen aan die normen kunnen binden, wordt zichtbaar dat de cao als rechtsfiguur een belangrijke ordeningsfunctie heeft, welke daarnaast niet geheel vrij is van controversie. Binnen ons rechtstelsel kunnen private partijen in principe alleen overeenkomsten sluiten die alleen tussen hen zelf gelden. De cao neemt dus binnen het overeenkomstenrecht een afwijkende positie in. Doordat de cao deze bijzondere rechtsgevolgen heeft, hebben werkgevers, werkgeversverenigingen en werknemersverenigingen *samen* als het ware de bevoegdheid om normen te stellen waar anderen zich aan moeten houden en waar ze in principe niet vanaf mogen wijken. In ons maatschappelijke stelsel komt deze bevoegdheid alleen (democratisch gekozen) overheidsorganen toe. Wat cao-partijen (mogen) doen zou private regelgeving genoemd kunnen worden.¹⁰² Dit geldt met name wanneer een cao voor de hele sector wordt gesloten en wanneer de overheid de cao algemeen verbindend verklaart voor de hele sector. Hoewel strikt genomen de overheid dan wetgeving uitvaardigt, is de inhoud daarvan door private partijen opgesteld.

De overheid bevordert ook actief de totstandkoming van cao's onder andere door cao-partijen ruimte te geven als 'eerste regelgevers' op te treden. Dit wordt ook wel het *primaat* van de cao genoemd. In het algemeen kan gezegd worden dat de Nederlandse overheid zich terughoudend opstelt met het zelf stellen van arbeidsrechtelijke normen. Daarnaast is het zo dat wanneer de overheid wel wettelijke regels maakt, in de wet vaak in de mogelijkheid wordt voorzien om bij cao van die dwingend regels af te wijken.

3.3.2 De bijzondere ordeningsfunctie van de cao

De ordeningsfunctie die de cao toekomt en waarvan de gevolgen hierboven slechts zijn aangestipt, zal op bepaalde rationaliteit moeten berusten. Dit ligt voor de hand aangezien aangenomen mag worden dat achter alle ordening door het recht bepaalde (maatschappelijke of politieke) keuzes en dus redenen liggen.¹⁰³ Het ligt des te meer voor de hand naar de rationaliteit van de ordeningsfunctie van de cao te vragen, gezien de afwijkende positie van de cao ten opzichte van andere overeenkomsten.

¹⁰² Gesteld zou kunnen worden dat de cao-partijen hiermee een politiek recht hebben gekregen. Vlg. H. Lindahl, die stelt dat de macht die aan maatschappelijke groeperingen wordt verleend om algemene en individuele rechtsnormen te stellen ook een politiek recht is, H.K. Lindahl, 'Zelf-regulering: rechtsvorming, democratie en reflexieve identiteit', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2006-2, p. 40.

¹⁰³ Ik heb eerder pleit dat 'objectieve' ordening niet mogelijk is, zie N. Zekić, 'Arbeidsrechtelijk normatief kader en ongelijkheidscompensatie', in W.G.M. Plessen, J. van Drongelen en F. Hendrickx (red.), *Sociaal Recht: tussen behoud en vernieuwing*, Zutphen: Paris 2011, p. 61.

Wat is nu de ratio van de ordenende functie van de cao?¹⁰⁴ Welk maatschappelijk doel dient de cao? De doctrine benoemt een aantal doelstellingen van de cao als de meest relevante. Vanwege de geschiedenis van de cao als een 'zelfstandig fenomeen'¹⁰⁵ – een overeenkomst tussen de werkgever en zijn georganiseerde werknemers die vaak na een collectieve actie tot stand was gekomen – benadrukt men dat de cao als een instrument van conflictbeheersing gezien moet worden, een 'bestandsakkoord'.¹⁰⁶ Dit kan de *vredesfunctie* van de cao genoemd worden.¹⁰⁷ De cao is het belangrijkste 'product' van het collectief onderhandelen. Wanneer in de cao eenmaal arbeidsvoorwaarden zijn overeengekomen, is het belangrijk dat allen op wie de cao van toepassing is de arbeidsvoorwaarden naleven en dat de werknemersorganisaties in de tussentijd geen collectieve acties voeren voor andere (betere) arbeidsvoorwaarden. Door deze 'spelvoorwaarden' formeel aan de cao te verbinden wordt de *arbeidsrust* bevorderd; iets wat met name de werkgevers ten goede komt, maar ook het algemeen belang dient.¹⁰⁸

Een net zo belangrijke, maar in deze context 'interessantere' traditionele doelstelling van de cao is het verlenen van *ongelijkheidscompensatie* aan werknemers ten opzichte van de werkgever.¹⁰⁹ Op de arbeidsmarkt geldt het principe van contractsvrijheid, wat wil zeggen dat zowel de werkgever als de werknemer vrij zijn om te beslissen of ze een arbeidsovereenkomst willen aangaan en onder welke voorwaarden, maar in veel gevallen kan aan werknemerskant niet van contractsvrijheid gesproken worden. Een inkomen uit arbeid is voor vele, zo niet alle werknemers de voornaamste manier om in hun levensbehoeften te voorzien.¹¹⁰ Doorgaans is op de arbeidsmarkt, uitzonderingen daargelaten, echter voldoende aanbod van werknemers. De werkgever heeft de werknemer dus minder nodig dan omgekeerd, waardoor hij tot op heden in een machtspositie verkeert. De gelijkheid van contractspartijen is dus een fictie, waardoor een strikt civielrechtelijke benadering van de arbeidsrelatie meestal niet strookt met

104 De vraag die hiermee verbonden is, stelt Jacobs in zijn dissertatie: waar halen de cao-partijen hun 'wetgevende macht' vandaan? Zie A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, vanaf p. 235.

105 De cao als fenomeen is eerst buiten het recht ontstaan. Collectief overleg werd namelijk oorspronkelijk zeker niet door overheidsbeleid bevorderd. Sterker nog, vakbonden werden door de overheid actief tegengewerkt door coalitieverboden uit te vaardigen, zie bijv. A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 10-34.

106 M. Rigaux en T. van Peijpe, *Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht*, Reeks Vva 20, Alphen aan den Rijn 1994, p. 31.

107 Bijv. A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 253 e.v.

108 Ook Kahn-Freund gebruikte het argument dat een sterk 'bouwwerk' van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming nodig is voor 'industrial peace' en dat arbeidsrust een 'common interest' is, zie O. Kahn-Freund, 'Intergroup Conflicts and their settlement', *The British Journal of Sociology* 1954 vol. 5, nr. 3, p. 195.

109 Zie bijv. De Schets, p. 242; M.F. Baltussen, 'De cao en ex-werknemers: een (on)mogelijke combinatie?' in A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.) *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 81.

110 In tegenstelling tot de werkgever beschikt de werknemer in principe niet over een vermogen of (andere) productiemiddelen dan zijn eigen arbeidsvermogen.

de werkelijkheid. Hierin was en is de reden gelegen voor de overheid om 'correctief' op te treden om de werknemer te beschermen tegen de nadelige gevolgen van de ongelijkheid die inherent is aan de arbeidsrelatie. Op individueel vlak is de ongelijkheid gecompenseerd door het stellen van wettelijke minimumnormen die in die relatie gelden. Op collectief vlak wordt die ongelijkheid gecompenseerd door collectieve onderhandelings- en inspraakmechanismen.¹¹¹ Wanneer de werknemers immers als een groep kunnen staan tegenover de werkgever verbetert hun onderhandelingspositie. Ze 'staan dan sterker', vooral wanneer ze (mogen) staken. De werkgever kan om één werknemer heen, maar meestal niet om alle werknemers. Door *collectief* overleg wordt dus de ongelijke positie in het *individuele* overleg enigszins gecompenseerd, mits de collectieve afspraken vóórgaan op de individuele afspraken. En dat is precies wat het cao-recht doet: het erkent de collectieve afspraak en geeft hem een hiërarchisch hogere plaats dan de individuele afspraak. Door het institutionaliseren van de cao is dus 'herstel van het contractuele evenwicht' nagestreefd.¹¹² Het recht beschouwt de cao als een resultaat van onderhandelingen tussen gelijkwaardige partijen. De gelijkwaardigheid ontstaat door groepsvorming, door 'machtsbundeling'.¹¹³ Dit zou de *beschermingsfunctie* genoemd kunnen worden, aangezien het uiteindelijke doel is de werkende bevolking te beschermen tegen de nadelige gevolgen van een geheel vrije arbeidsmarkt.

Dit kunnen de twee primaire functies van de cao genoemd worden: de vredesfunctie, die bijdraagt aan een goed functionerende arbeidsmarkt, en de beschermingsfunctie, die bijdraagt aan een adequate bescherming van de werknemers. Zij kunnen de *traditionele* functies genoemd worden, daar zij voor de wetgever destijds de twee leidende redenen waren voor het wettelijk regelen van de cao, maar zij zijn vandaag de dag zeker nog relevant. De overheid ziet de sociale partners en de cao als zeer waardevolle, zo niet onmisbare bronnen van sociale regelgeving. De overheid benadrukt dat zij *samen* met de sociale partners de verantwoordelijkheid draagt voor een goed functionerende arbeidsmarkt en een adequate bescherming van de werknemers.¹¹⁴

Dat deze twee functies de twee meest genoemde zijn in de literatuur is dus niet zo verwonderlijk. Er is echter nog een functie die ook een zeer belangrijke rol heeft, maar die meer als een 'afgeleide' functie gezien kan worden. Het betreft de functie van de *standaardsetting van arbeidsvoorwaarden*. Dit heeft niet alleen te maken met het feit dat de vakbonden namens of voor de werknemers als een collectiviteit optreden, maar ook met de uitbreiding van de werking van de cao naar derden toe, met name door algemeen verbindend verklaring van de cao. De cao is daarmee het instrument

111 Zie bijv. M. Rigaux en T. van Peijpe, *Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht*, Reeks VvA 20, Alphen aan den Rijn 1994, p. 11.

112 W.J.P.M. Fase, 'Sociale rechtsvorming of scharrelrecht?' *SMA* 2001 nr. 5, p. 251-252.

113 W.J.P.M. Fase, *Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij, 1980, p. 120.

114 *Kamerstukken I* 1999-2000, nr. 222a, p. 10.

van standaardisering van loon- en arbeidsvoorwaarden 'bij uitstek' geworden.¹¹⁵ Deze functie kan worden gezien als een afgeleide van de twee primaire functies. Zij is bijvoorbeeld nauw verbonden met de handhaving van sociale vrede.¹¹⁶ Standaardisering van arbeidsvoorwaarden zorgt ervoor dat concurrentie onder werknemers wordt voorkomen, althans dat deze vermindert, waardoor de werknemers beschermd worden, maar waardoor ook arbeidsonrust voorkomen kan worden.

In de literatuur wordt uiteraard niet alleen van functies of doelstellingen van de cao gesproken. Men spreekt ook over de economische of maatschappelijke voordelen en nadelen van de cao. Deze zijn echter vaak terug te voeren tot een van de hierboven genoemde 'functies' zoals ze in de juridische literatuur naar voren komen. Zo wordt bijvoorbeeld regelmatig benadrukt dat een gemiddelde werkgever groot voordeel heeft bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. De werkgever heeft immers met 'een veelheid van contractspartijen' van doen; het is voor hem wenselijk collectieve afspraken te maken die gelden voor al zijn werknemers tegelijk en die worden aangepast aan hetgeen de economische omstandigheden toelaten.¹¹⁷ Een cao biedt maatwerk, maar verkleint tegelijk de transactiekosten. Een ander economisch voordeel van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming is de mogelijkheid om op die manier de loonvorming te matigen, iets wat in Nederland sinds het akkoord van Wassenaar gebeurt.¹¹⁸ Deze 'voordelen' van de cao zijn verbonden met de functie van de standaardsetting van arbeidsvoorwaarden.

3.3.3 Werkzekerheid en bescherming van werknemers in cao's

Wanneer cao-partijen werkzekerheid zouden opvatten als (een van de) doelen van het collectief overleg, hoe zou dat zich verhouden tot de beschermende functie van de cao? Het is op het eerste gezicht niet problematisch om werkzekerheid in te passen in de beschermende functie van de cao. Wanneer door de arrangementen die in de cao zijn neergelegd werkzekerheid van de werknemers vergroot wordt, in die zin dat ze makkelijker en sneller een andere baan kunnen vinden of dat hun inzetbaarheid op de arbeidsmarkt wordt vergroot, dan zou dit als een vorm van bescherming van de werknemer aangemerkt kunnen worden. Ongelijkheidscompensatie of bescherming van werknemers wordt in de arbeidsrechtelijke literatuur echter vaak opgevat als bescherming tegen uitbuiting door werkgevers of in elk

115 Zie bijv. M. Rigaux en T. van Peijpe, *Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht*, Reeks VvA 20, Alphen aan den Rijn 1994, p. 12. Zie ook Fase die verwijst naar beginselen als gelijke beloning voor gelijke arbeid en eerlijk verdeling van de werkgelegenheid als leidende beginselen in het arbeidsrecht, wanneer men de cao's in aanmerking neemt. W.J.P.M. Fase, 'Sociale rechtsvorming of scharrelrecht?' *SMA* 2001 nr. 5, p. 252.

116 M. Rigaux en T. van Peijpe, *Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht*, Reeks VvA 20, Alphen aan den Rijn 1994, p. 31.

117 A.R. Houweling en C.J. Loonstra, 'Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?', *TAP* 2011/5. Houweling en Loonstra noemen dit 'het institutionele aspect van het arbeidsrecht'.

118 L. Hartevelt, 'Loonvorming in tijden van crisis' *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 2012 vol. 28 nr. 2, p. 138-161.

geval als bescherming tegen de overmacht van de werkgever.¹¹⁹ Investeren in werkzekerheid wordt daarentegen meestal uitgelegd als het vergroten van de kansen op ander werk of als het vergroten van de marktwaarde van de werknemer.¹²⁰ Het gaat dan eerder om bescherming tegen de risico's op de arbeidsmarkt dan om bescherming tegen de (overmacht van de) werkgever. Werkzekerheid is dus op het eerste gezicht niet gericht op bescherming tegen (de overmacht van) de werkgever.

Inzetbaar zijn op de arbeidsmarkt, in de zin dat de werknemer gemakkelijk van baan kan wisselen wanneer hij of zij dit zelf wenst, kan echter weldegelijk bijdragen tot een grotere weerbaarheid van de werknemer en zo tot (meer) ongelijkheidscompensatie. Wanneer de werknemer door zijn grote inzetbaarheid (veel) kansen heeft op de arbeidsmarkt, dan verkeert hij in een betere onderhandelingspositie ten opzichte van de werkgever dan wanneer hij bijvoorbeeld door een gebrek aan scholing en een eenzijdige werkervaring weinig kansen heeft om een (andere) baan te vinden. Dit geldt zowel in bestaande arbeidsrelaties als wanneer de werknemer solliciteert naar een nieuwe baan. Werkzekerheid hoeft de ongelijkheid in elk geval niet te doen toenemen, zij is dus niet onverenigbaar met de beschermende functie van de cao. Het is de vermindering van ontslagbescherming – waar werkzekerheid vaak aan wordt verbonden – die zich niet verhoudt met ongelijkheidscompensatie. Zoals eerder betoogd, blijven werknemers dus belang hebben bij bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag, ook wanneer het zeer inzetbare werknemers betreft die snel weer een andere baan kunnen vinden.

Werkzekerheid én baanzekerheid zijn dus beide in het belang van werknemers. Relevant is echter hier de vraag of vanuit de beschermende functie van de cao ook iets gezegd kan worden over waar de werknemersvertegenwoordigers voor zouden moeten kiezen wanneer ze niet beide kunnen nastreven. Moeten de vakbonden bij het cao-overleg 'inzetten' op baanzekerheid of werkzekerheid? Niet zelden wordt gesuggereerd dat de vakbonden zouden moeten kiezen voor werkzekerheid door bijvoorbeeld in cao's of sociale plannen opzegtermijnen of ontslagvergoedingen 'in te ruilen' tegen employability-bevorderende maatregelen.¹²¹ Het is evenwel moeilijk vast te stellen wat meer tot ongelijkheidscompensatie bijdraagt of wat meer in het belang van de werknemers is. Dat kan van onderneming tot onderneming en van sector tot sector verschillen. Daarnaast is de algemene werkgelegenheidssituatie zeer belangrijk. Enkel vanuit de werknemers gezien, kan echter niet gezegd worden dat het nastreven van werkzekerheid per definitie minder in het belang van de werknemers zou zijn dan het nastreven van baanzekerheid.

119 Zie bijv. de verschillende (hierboven genoemde) bijdragen in G. Davidov en B. Langille (red.) *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press 2011.

120 K. Korevaar, *Strategische Arbeidsvoorwaardenvorming*, diss. UvA, Amsterdam: Mets en Schilt 2000, p. 256.

121 Zie voor een voorbeeld in de arbeidsrechtelijke literatuur A. Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2009, p. 232.

Baanzekerheid lijkt echter 'concreter' te zijn dan werkzekerheid.¹²² De werkgever kan investeren in scholing van de werknemer om hem te helpen zijn marktwaarde te vergroten. In hoeverre de werknemer de investeringen zal kunnen verzilveren blijft echter een onzeker gegeven. Het blijft bij werkzekerheid immers gaan om *kansen* op de arbeidsmarkt. Baanzekerheid daarentegen kan wel uitgeoefend worden ten opzichte van de werkgever. De inzet van de vakbonden op baanzekerheid – in de zin van behoud van werkgelegenheid – levert voor de individuele werknemer misschien wel een concretere afspraak op, toch is het de vraag of dit op langere termijn daadwerkelijk 'zekerdere' afspraken oplevert. Het in stand houden van werkgelegenheid betreft namelijk een verbintenis op termijn. De werkgever verbindt zich ertoe om in de betreffende periode de werkgelegenheid op peil te houden. Of de werkgever zich aan die verbintenis zal kunnen houden is mede afhankelijk van externe factoren; het is in elk geval afhankelijk van meer dan zijn eigen ondernemingsbeleid. De mogelijkheid om werkgelegenheid op peil te houden kan bijvoorbeeld sterk marktgebonden zijn. Het is zeker niet ondenkbaar dat de werkgever na verloop van tijd vanwege de verslechterde economische situatie toch moet overgaan tot gedwongen ontslagen ondanks de cao-afpraak om de werkgelegenheid op peil te houden. Het is ook niet ondenkbaar dat de werkgever na verloop van tijd failliet gaat. Tegen die tijd kan het goed zijn dat de werknemers hun 'deel van de afspraak' al hebben ingelost. De verplichtingen die zij bij dit soort 'werkgelegenheidsafspraken' meestal op zich nemen houden dikwijls verband met meer flexibiliteit. Zij hebben het voldoen aan hun verbintenis meestal zelf in de hand. De cao-afspraken over bijvoorbeeld arbeidsuren- of loonflexibiliteit kunnen meestal direct geïmplementeerd worden in de praktijk.¹²³ Daarnaast werken ze rechtstreeks door in individuele overeenkomsten, terwijl de afspraken over het op peil houden van werkgelegenheid vaak obligatoir zijn. Een individuele werknemer kan in dat geval zijn werkgever niet rechtstreeks aan die afspraak houden. Hij is dan afhankelijk van de vakbonden en waarschijnlijk van de uitkomst van nieuwe onderhandelingen.¹²⁴ Samenvattend kan betoogd worden dat het inzetten op baanzekerheid in cao's voor de werknemers niet altijd opportuun hoeft te zijn. Ook om die reden kan de inzet op werkzekerheid geschikt zijn.

Het is daarnaast ook niet aannemelijk dat werknemers altijd stevast baanzekerheid zouden kiezen boven alternatieven zoals herscholing om een andere baan te krijgen.¹²⁵ In sommige situaties kunnen werknemers bijvoorbeeld ontplooiingskansen hoger achten vanuit de optiek om graag 'mobiel' te zijn op de arbeidsmarkt. Wanneer een keus gemaakt moet worden, dan zullen de vakbonden die zo veel mogelijk

122 Bijv. R. Dekker, 'Flexicurity: een kritische blik op de mogelijke uitruil tussen baanzekerheid en werkzekerheid', in: A. van Halem, (red.), *Flexicurity: Modernisering van de arbeidsmarkt vanuit Europees perspectief*, Handboek OR Strategie en beleid, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2008, p. 53-57.

123 Vlg. M. Rigaux, 'Collectief bedongen werkzekerheid: een vrije reflectie over de grenzen van de subsidiariteit', in: M. Rigaux en W. Rauws, *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 707.

124 Zie verder over werkgelegenheidsafspraken hoofdstuk 6 en 7.

125 W. Njoya, 'Job Security in a Flexible Labour Market: Challenges and Possibilities for Worker Voice' *Comparative Labor Law and Policy Journal* 2012 vol. 33, nr. 3, p. 468.

moeten maken in overleg met de werknemers die ze vertegenwoordigen. Betoogd kan echter wel worden dat wanneer gedwongen ontslagen onvermijdelijk blijken investeringen in inzetbaarheid en echte hulp bij van-baan-naar-baan transitie meer het belang van de werknemers dienen dan puur financiële vergoedingen, ook wanneer men enkel naar de financiële aspecten kijkt. Onderzoek heeft namelijk laten zien dat werknemers die hun baan verliezen als gevolg van reorganisaties er meerdere jaren over doen om weer hetzelfde loon te verdienen en dat velen dat loonniveau nooit weer halen.¹²⁶ Wanneer de werknemer niet werkloos hoeft te worden en (vrijwel) aansluitend aan zijn oude baan een nieuwe passende dienstbetrekking met een vergelijkbaar loonniveau kan vinden, dan kan dit ook op lange termijn een betere compensatie vormen voor het verlies van de baan dan enkel een financiële vergoeding.

3.3.4 Werkzekerheid en standaardsetting van arbeidsvoorwaarden

De vakbonden in Nederland onderhandelen in beginsel voor grote groepen werknemers tegelijk, zo niet alle werknemers in het bedrijf of de bedrijfstak.¹²⁷ Bij cao-onderhandelingen behartigt de vakbond dus de belangen van de werknemers als een collectiviteit. Dit is ook in lijn met de standaardsetting van arbeidsvoorwaarden als functie van de cao en met principes van gelijkheid en solidariteit. De individuele belangen van de werknemers die de collectiviteit vormen hoeven echter niet altijd overeen te komen. Bij werkzekerheid is de kans zelfs nog groter dat de belangen en wensen van de individuele werknemers niet hetzelfde zijn. Om daadwerkelijk werkzekerheid te kunnen realiseren, is het immers nodig dat er aandacht is voor het afzonderlijke individu en zijn persoonlijke arbeidsmarktpositie. Sommige schrijvers signaleren hier dan ook een obstakel voor het vormgeven van werkzekerheid door middel van cao's. Volgens bijvoorbeeld De Vos verstoort werkzekerheid (als onderdeel van flexicurity) het traditionele rolmodel voor de vakbonden, daar zij in dat traditionele rolmodel juist uitgaan van een 'gemeenschappelijke en gestandaardiseerde aanpak' van het 'statisch type' werknemer.¹²⁸

Hier kan inderdaad sprake zijn van een spanningsveld waarin de vakbond moet opereren. Uniforme investeringen in scholing en inzetbaarheid – bijvoorbeeld hetzelfde vaste scholingsbudget voor alle werknemers – kunnen immers voor verschillende werknemers verschillende effecten hebben. Afhankelijk van zijn persoonlijke arbeidsmarktpositie zal de ene werknemer meer scholing nodig hebben dan de andere.

126 C.L. Schultze, 'Has job security eroded for American workers?', in M. Blair en T. Kochan (red.), *The new relationship: Human capital in the American Corporation*, Washington DC: Brookings Institution 2000, p. 28-65; zie ook J. Armour en S. Deakin, 'Insolvency and employment protection: the mixed effects of the Acquired Rights Directive', *International Review of Law and Economics* 2002, vol. 22, nr. 4, p. 445-446.

127 Het komt niet of nauwelijks voor dat de vakbond de belangen van een specifieke groep werknemers behartigt. A. Stege, 'De vakbond en zijn plicht om de leden behoorlijk te vertegenwoordigen' *Arbeid Integraal* 2002 nr. 4, p. 143.

128 M. de Vos, 'Perspectief op oorsprong, realiteit en duurzaamheid van flexizekerheid', in *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn, Liber amicorum Prof. Dr. Othmar Vanachter*, Intersentia: Antwerpen 2009, p. 739.

Als in elke werknemer op dezelfde manier wordt geïnvesteerd, dan is het mogelijk dat niet elke werknemer juist datgene krijgt wat hij of zij nodig heeft om zijn inzetbaarheid te bevorderen. Hierdoor kan de ongelijkheid in arbeidsmarktposities juist toenemen.¹²⁹ De vakbonden zullen dus een manier moeten vinden om de geïndividualiseerde aanpak te verenigen met het bevorderen van gelijkheid en solidariteit.

Een beter alternatief in dit opzicht is er echter niet. Werkzekerheid proberen te bevorderen door middel van wetgevende initiatieven zal immers tot nog meer uniformiteit leiden. Zo is afstemming op individuele variaties bijvoorbeeld bij arbeidstijden juist steeds moeilijker geworden voor de wetgever aangezien de belangen van de werknemers steeds meer divergeren.¹³⁰ Maatwerk leveren is in cao's in principe makkelijker dan in de wet, omdat daarin tenminste rekening kan worden gehouden met de kenmerken van het bedrijf of de sector.

Het is daarnaast weldegelijk mogelijk de standaardsetting in cao's met de geïndividualiseerde aanpak te verenigen. In cao's of sociale plannen kunnen algemene verplichtingen in het kader van werkzekerheid worden vastgelegd, maar de uiteindelijke uitvoering moet vervolgens zo veel mogelijk gericht zijn op de individuele werknemer, zijn (persoonlijke) omstandigheden, wensen en mogelijkheden. Wanneer in een sociaal plan bijvoorbeeld de algemene verplichting staat dat de werkgever zich moet inspannen om boventallige werknemers te herplaatsen, dan dient de werkgever zijn inspanningen in dit kader aan elke werknemer (die daarvoor in aanmerking komt) afzonderlijk aan te passen. Goed werkgeverschap moet dan wel consequent zo worden uitgelegd dat een inspanning in het kader van werkzekerheid van werkgeverskant afgestemd moet zijn op elke individuele werknemer. De werkgever kan in dit kader niet volstaan met een algemene inspanning voor de hele groep, zoals het aanmelden van de werknemers bij een uitzendbureau, wanneer bijvoorbeeld in het sociaal plan staat dat hij zich moet inspannen om de boventallige werknemers te herplaatsen.¹³¹ Het is verdedigbaar dat in dit kader de werkgever alle (boventallige of om andere reden hiervoor in aanmerking komende) werknemers 'actief moet benaderen' om van hen informatie te verkrijgen over de persoonlijke omstandigheden, hun loopbaanwensen en (ontwikkelings)mogelijkheden om vervolgens de meest adequate stappen te ondernemen om voor die werknemers een andere passende baan te vinden. De werkgever kan dit zelf uitvoeren of hij kan dit uitbesteden. De verplichting om op elke werknemer afgestemde voorzieningen te treffen blijft echter bestaan. Het kan echter wel zo zijn dat bij kleine werkgevers een minder vergaande verplichting geldt.

Het verloop van bepaalde procedures zal echter dikwijls in de cao of het sociaal plan al zijn beschreven, net zoals vaak al een definitie wordt gegeven van wat in dit kader als

129 K. Korevaar, *Strategische Arbeidsvoorwaardenvorming*, diss. UvA, Amsterdam: Mets en Schilt 2000, p. 272.

130 W.L. Roozendaal, *Werk en Privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht*, diss. Radboud Universiteit Nijmegen, Deventer: Kluwer 2011, p. 240 en 381.

131 Zie bijv. Ktr. Groningen 20 juni 2007, JAR 2007/187.

passende functie wordt gezien. Dit duidt weer op uniformering, maar een zeker uniformering is wellicht noodzakelijk en wenselijk. Zowel de werkgever als de werknemer moet immers zo precies mogelijk weten wat van hem of haar in principe wordt verwacht. Van een goede werkgever mag echter in dit kader de nodige flexibiliteit worden verwacht om wegens bijzondere omstandigheden van de voorgeschreven 'route' af te wijken en andere, meer passende voorzieningen te treffen voor de betrokken werknemer. Dit kan met name nodig zijn wanneer de werknemer bijvoorbeeld aanzienlijk ouder is dan de meeste andere werknemers voor wie de collectieve regeling is getroffen of wanneer de werknemer lichamelijke beperkingen heeft. De cao of het sociaal plan moet in principe die ruimte ook bieden om af te wijken van de 'standaardprocedure'.

Dit is in overeenstemming met wijze waarop de rechters in ontslagzaken wegens reorganisaties over de redelijkheid van sociale plannen plegen te oordelen.¹³² Indien het sociaal plan overeengekomen is met tot de cao-onderhandelingen in de sector toegelaten dan wel anderszins voldoende representatieve vakorganisaties dan zal de rechter bij ontbinding een vergoeding toekennen overeenkomstig dat plan. De rechter zal daar echter van afzien wanneer onverkorte toepassing ervan leidt tot een *evident onbillijke* uitkomst voor de betrokken werknemer.¹³³ Ook in de procedure bij kennelijk onredelijk ontslag zal de rechter in het feit dat getroffen voorziening volgens het sociaal plan is getroffen een *aanwijzing* zien dat die voorziening toereikend is, maar de rechter kan zich niet onttrekken aan een beoordeling van de redelijkheid van de voorziening als die door de werknemer wordt betwist.¹³⁴

3.3.5 De legitimiteit van de cao als 'veranderingsinstrument'

In het voorgaande gedeelte is gekeken hoe werkzekerheid zich verhoudt tot de 'traditionele' functies van de cao. De vraag naar de legitimiteit van de cao als instrument om werkzekerheid te regelen kan echter ook benaderd worden vanuit een andere invalshoek dan (alleen) van de traditionele functies, namelijk vanuit de vraag naar de legitimiteit van de 'makers' van de cao: de werkgevers(organisaties) en werknemersverenigingen. In hoeverre bezitten zij (voldoende) legitimiteit om door middel van collectieve afspraken nieuwe arrangementen te maken in de vorm van algemene regelingen? Deze vraag is onlosmakelijk verbonden met de vraag naar *representativiteit* van de cao-partijen. De sociale partners zijn maatschappelijk organisaties die regelingen treffen met een zekere algemene gelding. Zij beschikken dus over regelgevende macht en bevoegdheid.¹³⁵ In dit licht is de vraag naar hun representativiteit nog steeds zeer actueel.

132 Zie ook hoofdstuk 4 en 7.

133 Aanbeveling 3.6: Verhouding ontbindingsvergoeding en sociaal plan (februari 2001).

134 HR 14 juni 2002, NJ 2003, 324; JAR 2002/165 (Bulut/Troost). NB Dit is alleen het geval wanneer het sociaal plan geen cao is. Wanneer het sociaal plan wel cao is, zou er een sterkere binding moeten zijn, zie hoofdstuk 7.

135 T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?' *ArA* 2008, nr. 1, p. 4.

Ongeveer 80% van de werknemers valt onder een cao, terwijl niet (veel) meer dan 20% van alle werknemers lid is van een vakbond.¹³⁶ De 'kracht' van de cao is momenteel dan ook gelegen in de hoge organisatiegraad aan de kant van de werkgevers en niet in de organisatiegraad van de werknemers. Een overgrote meerderheid van de Nederlandse werkgevers is namelijk wel georganiseerd in werkgeversorganisaties die cao's sluiten.¹³⁷ Deze georganiseerde en dus gebonden werkgevers zijn wettelijk verplicht om de cao ook op niet of anders georganiseerde werknemers toe te passen. Zo komt het grootste gedeelte van de Nederlandse werknemers toch onder de toepassing van een cao. Ook het algemeen verbindend verklaren van de cao draagt bij aan de hoge dekking van de cao, maar voor een relatief klein deel.¹³⁸ Wanneer we willen aannemen dat werkzekerheid een nieuwe vorm van bescherming van werknemers kan zijn, dan kunnen we ons afvragen of die vorm van bescherming primair door middel van cao's geconstrueerd zou moeten worden, gegeven het feit dat cao's gesloten worden door partijen die wel de werkgevers in voldoende mate vertegenwoordigen, maar waarbij niet verzekerd is dat dat aan de kant van de werknemers ook geldt.¹³⁹ Dit is een kanttekening bij de veronderstelling dat werkzekerheid het beste in cao's vormgegeven kan worden.

Waarom is het van belang dat de cao-partijen aan beide kanten voldoende representatief zijn? Representativiteit aan de kant van de vakorganisaties is namelijk een aanwijzing dat de cao haar primaire taak vervult: de bescherming van de werknemers als collectiviteit. De bescherming van de werknemer door de collectiviteit is immers wat de cao haar bestaansrecht geeft, terwijl het niet vanzelfsprekend is dat de bescherming op deze manier daadwerkelijk geboden wordt. Dit is namelijk geen noodzakelijk vereiste om van een cao te kunnen spreken. In tegenstelling tot sommige andere nationale stelsels, vereist het Nederlandse cao-recht niet dat de vakbonden waarmee onderhandeld wordt representatief zijn.¹⁴⁰ Vereist is alleen dat cao-partijen in hun statuten vermelden dat ze bevoegd zijn cao's te sluiten.¹⁴¹ De reden voor het ontbreken van representativiteitseisen is, kort gezegd, dat ons cao-stelsel een contractueel stelsel is dat in principe gebaseerd is op vrijwillige aanvaarding van gebondenheid.¹⁴² De redenering is dat wanneer het hele stelsel op contractsvrijheid

136 Ministerie van SZW, *Voorjaarsrapportage cao-afspraken 2011*, p. 69 e.v.; D. ter Steege e.a., *Vakbeweging en organisatiegraad van werknemers*, CBS: Sociaaleconomische trends, 4e kwartaal 2012, p. 9-25; zie ook bijlage 4 bij SER, *Verbreding draagvlak cao-afspraken*, advies 2013/03.

137 Tussen de 50 en 80% van de Nederlandse werkgevers is georganiseerd. Dit is afhankelijk van de bron, maar ook van de grootte van de onderneming of sector, zie TNO, *Werkgevers Enquête Arbeid (WEA) 2010*, 2011.

138 SER, *Verbreding draagvlak cao-afspraken*, advies 2013/03, p. 22.

139 Vlg. Beltzer die zich afvraagt of de vakbond vanwege haar lage organisatiegraad en het vergrijzend ledenbestand nog steeds het aangewezen 'ongelijkheidscompenserend instituut' is, R.M. Beltzer, 'Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert', *NJB* 2010/1802, p. 2275-2278.

140 Zie hierover meer bijv. T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?' *ArA* 2008, nr. 1, p. 15-19.

141 Art. 2 Wet CAO. De cao dient ook bij het Ministerie van SZW aangemeld te zijn. NB Art. 3 lid 3 WMCO kent additionele eisen, die ook in sommige nieuwe artikelen in het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid (33 818) terugkomen.

142 Fase/Van Drongelen, p. 209.

en vrijwilligheid (van lidmaatschap) stoelt, het ook niet nodig is om het 'democratisch gehalte van de cao' in aanmerking te nemen.¹⁴³ Doordat representativiteitseisen ontbreken kan het echter voorkomen dat een (zeer) kleine vakbond met de werkgevers een cao sluit, terwijl een veel grotere bond buiten de onderhandelingen wordt gehouden. Een dergelijke cao krijgt vervolgens op grond van de Wet CAO toch een algemene werking en wordt dus ook toegepast op de werknemers die lid zijn van de 'grote' vakbond. Dit gebeurt niet alleen incidenteel op ondernemingsniveau, maar soms ook op sectorniveau.¹⁴⁴ Zo werd in de zorgsector in 2012 een cao gesloten met bonden die (samen) slechts 4% van de werknemers in die sector als lid hebben, terwijl grotere en in de sector 'gevestigde' bonden werden buitengesloten.¹⁴⁵ Soms komt het ook voor dat de werkgever een cao afsluit met bonden die hij zelf heeft laten oprichten (de zogenoemde yellow unions). Bescherming van de werknemers als voornaamste functie – naast de vredesfunctie – is dus niet altijd voldoende gewaarborgd in het cao-recht. Belangenbehartiging van de werknemers hoeft niet altijd het voornaamste doel van een vakbond zijn. Zo kunnen financiële oogmerken ook een beweegreden zijn voor kleine organisaties om cao's te sluiten buiten de grote vakbonden om.¹⁴⁶

Wanneer representativiteitseisen ontbreken is het moeilijk om op een andere manier te beoordelen of de cao daadwerkelijk de belangen van de werknemers dient. De cao stoelt immers steeds op een consensus: zowel de belangen van de werknemers als de belangen van de werkgevers zijn erin terug te vinden. Op sommige onderdelen zullen de onderhandelende partijen moeten inleveren om op andere onderdelen winst te kunnen halen. Op basis van de *inhoud* van de cao is het dus zeer moeilijk zo niet onmogelijk om te beoordelen of de belangen van de werknemers voldoende zijn gediend. Om deze redenen blijkt de representativiteit van de cao-partijen een objectiever criterium te zijn om te waarborgen dat met de cao de belangen van de werknemers als collectiviteit beschermd zijn.

Zonder formele representativiteitseisen kan ook heel moeilijk worden beoordeeld of de vakbonden in staat zijn om voldoende bescherming af te dwingen. In de literatuur bestaat hierover twijfel.¹⁴⁷ Ook de SER erkent dat de lage organisatiegraad

143 Zie bijv. Fase/Van Drongelen, p. 210.

144 Zie bijv. A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, 2008, diss. UvA, p. 270-277.

145 Het betreft de cao voor Verpleeg- en Verzorgingshuizen en Thuiszorg (VVT) waar de AbvaKabo FNV niet één van de ondertekende partijen was, zie ook *Kamerstukken II* 2011-2012, 29282, nr. 160. Een ouder voorbeeld vinden we in de Kinderopvangbranche toen de werkgeversorganisatie in 2005 de in die branche gevestigde vakbonden, zoals AbvaKabo FNV met ruim 1200 leden, uitsloot van onderhandelingen en alleen met de Unie, die ongeveer 40 leden had, een cao sloot waaronder ruim 10.000 werknemers kwamen te vallen. Zie V.zr. Rb. 's-Gravenhage 28 oktober 2005, *RAR* 2006/46 en HR 8 juni 2007, *JAR* 2007/162. Nog een voorbeeld betreft de Horeca-cao. In 2005 sloot de Koninklijke Horeca Nederland een cao met de Unie, terwijl de FNV Horecabond en CNV Bedrijvenbond zich uit de onderhandelingen hadden teruggetrokken, Ktr. Hilversum 1 februari 2006, *JAR* 2006/57.

146 In de cao wordt geregeld dat de werkgever een financiële bijdrage aan vakbondswerk levert. Dit wordt ook wel het vakbondstientje genoemd.

147 Zie recent bijv. C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014, p. 370.

weliswaar geen directe (grote) gevolgen heeft voor het juridische bereik van de cao, maar de lage organisatiegraad kan wel negatief uitwerken op de positie en de macht van de vakbeweging.¹⁴⁸ Het is daarnaast de vraag of de vakbonden de belangen van *alle* werknemers voldoende kunnen behartigen. Hun leden behoren in overwegende mate tot de 'vaste' werknemers. Representativiteit onder de 'flexibele' werknemers is nog kleiner. Vooral in de uitzendsector is de organisatiegraad laag, terwijl de gevestigde vakbonden in uitzend-cao's belangrijke bescherming 'wegcontracteren'.¹⁴⁹

Hoewel de wetgever de vraag naar representativiteit (vooralsnog)¹⁵⁰ uit de weg lijkt te gaan, de literatuur en (in iets mindere mate) de rechtspraak betrekken die vraag wel in hun beoordeling van de binding van de individuele werknemer aan de cao. Is de werknemer zelf lid van de vakvereniging die de cao heeft gesloten, dan staat de binding buiten kijf.¹⁵¹ Is de werknemer dat niet – en de meeste zijn dat niet – dan wordt de binding langzamerhand steeds meer betwist.¹⁵² Dit is mijns inziens terecht, vooral bij cao's die aangegaan zijn met niet-representatieve vakverenigingen, terwijl de 'grotere' en wel representatieve verenigingen ervoor hebben gekozen de cao niet te ondertekenen. De vraag naar de representativiteit is verder met name relevant bij cao-bepalingen met een standaard of een maximum karakter¹⁵³ en bij cao-bepalingen waar afgeweken is van de wettelijke regels in de voor de werknemer negatieve zin. Is de cao aangegaan met representatieve vakorganisaties, dan kan er immers van uitgegaan worden dat het werknemersbelang in elk geval voldoende is meegewogen bij de totstandkoming van de cao. Het risico is veel groter dat dat niet zo is, wanneer de cao is overeengekomen met niet-representatieve vakbonden.¹⁵⁴ Veel schrijvers stellen dan ook voor om eisen te verbinden aan de representativiteit van de vakbonden.¹⁵⁵

148 Zie SER, *Verbreding draagvlak cao-afspraken*, advies 2013/03, p. 14.

149 Zie bijv. art. 13 van de ABU-cao 2012-2017 en art. 13 van de NBBU-cao 2009-2013 waar de periode waarin de ketenregeling van art. 7:668a BW buiten toepassing is, is verlengd van 26 weken (wettelijke termijn) naar 78 respectievelijk 130 weken.

150 Op de vraag naar de representativiteit van de vakbonden heeft de overheid altijd als (standaard) antwoord gegeven dat de representativiteit weliswaar niet groot is, maar het draagvlak wel. De laatste tijd lijkt de overheid iets minder 'stellig' op dit punt. De minister van SZW (toenmalig minister Kamp) heeft aan de SER een advies gevraagd over de mogelijkheden het draagvlak te vergroten en over een mogelijke 'herstructurering' van het cao- en avv-stelsel, zie *Kamerstukken II* 2011-2012, 29544, nr. 391, p. 2-4 en *Kamerstukken II* 2011-2012, 29544, nr. 407. In het advies gaat de SER echter niet in op een mogelijke herstructurering van het cao- en het avv-stelsel, zie SER, *Verbreding draagvlak cao-afspraken*, advies 2013/03.

151 Over de binding aan de cao en de rechtsgevolgen van werkzekerheidsafspraken in cao's zie hoofdstuk 7.

152 Vooralsnog komt in de praktijk de binding van de werknemer tamelijk grootschalig tot stand door middel van het opnemen van een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst.

153 A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief*, diss. Tilburg, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 283-284.

154 S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's' *Arbeids-Recht* 2006-44, nr. 8/9.

155 Zie bijv. recent J.M. van Slooten, 'Het komende driekwartdwingende ontslagrecht', *TRA* 2013/76. Vlg. echter Fase 1997 in Rood-bundel, p. 19. Hij laat zien dat het (in beperkte mate verrichte) denkwerk over de cao als wetgevend instrument voor de bedrijfstak of de onderneming niet veel resultaten heeft opgeleverd. Hij vraagt zich ook af of het denkwerk de moeite waard is: het zou misschien een forse verandering in de juridische benadering opleveren, terwijl in de praktijk weinig zou veranderen.

Overigens hoeft het bij representativiteit niet alleen te gaan om getalsmatige eisen, maar kunnen ook als minimale voorwaarden gesteld worden dat de vakbond onafhankelijk is ten opzichte van de werkgever of werkgeversorganisatie, dat hij ook feitelijk opereert als vakvereniging, dat hij een zekere continuïteit in werknemersbelangenbehartiging getoond heeft en over voldoende middelen en macht beschikt.¹⁵⁶ Bepleit is ook referenda te introduceren.¹⁵⁷ Daarnaast is het belangrijk te benadrukken dat legitimiteit in het algemeen niet alleen verwijst naar de representativiteit van de partijen, maar ook naar de *transparantie* van het besluitvormingsproces en de openbare uitwisseling van argumenten.¹⁵⁸ Nu krijgt vooral de mate van representativiteit van de vakbonden veel aandacht van de critici, maar men kan daaraan zeker toevoegen het gebrek aan transparantie tijdens het proces van totstandkoming van cao-normen en het gemis van een openbare uitwisseling van argumenten. De laatste twee 'gebreken' zouden aan de cao-partners gezamenlijk toegerekend kunnen worden, niet alleen de vakbonden.¹⁵⁹ Met name wanneer bij cao van de wettelijke standaarden die tot doel hadden de werknemer te beschermen, is afgeweken, zouden cao-partijen moeten toelichten waarom gekozen is voor een bepaalde afwijking.¹⁶⁰ Die toelichting zou niet alleen voor de leden kenbaar moeten zijn, maar voor iedereen.¹⁶¹

3.4 Conclusies

In de literatuur kan men regelmatig de volgende stelling aantreffen die verbonden is met de constatering dat werkzekerheid – vooral als onderdeel van flexicurity – een arbeidsmarktvraagstuk betreft of, breder, een economisch doel. De stelling is dat werkzekerheid niet gemakkelijk in te passen is in 'het arbeidsrechtelijke kader' daar het arbeidsrecht zich primair begeeft op het vlak van rechtvaardigheid en eerder sociale dan economische doelen nastreeft. Het vereenzelvigen van het nationale

156 T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?' *ArA* 2008, nr. 1, p. 38.

157 Zie bijv. recent J.M. van Slooten, 'Het komende driekwartdwingend ontslagrecht', *TRA* 2013/76.

158 Vlg. W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', *preadvies NJV 141^e jaargang*, Deventer: Kluwer 2011, p. 76-77.

159 Er worden reeds verschillende initiatieven ondernomen om het draagvlak van de cao-afspraken te verstevigen, waaronder het betrekken van de werknemers bij het overleg en het (on line) verstrekken van informatie over de start, de inzet, de voortgang en het resultaat van het cao-overleg. Deze praktijk is echter nog zeer versnipperd, zie SER, *Verbreiding draagvlak cao-afspraken*, advies 2013/03, p. 30-36.

160 Het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid (33 818) introduceert op onderdelen – nl. in art. 7:671 leden 2 en 3 en in art. 7:673b leden 1 en 2 BW – eisen die aan vakbonden worden gesteld alvorens een afwijking bij cao toegestaan is. Die eisen zijn dat de betrokken vakbonden leden hebben die in de onderneming of bedrijfstak werkzaam zijn, dat zij krachtens de statuten als doel hebben de belangen van de leden als werknemers te vertegenwoordigen, dat zij als zodanig in de betrokken onderneming of bedrijfstak werkzaam zijn en ten minste twee jaar volledige rechtsbevoegdheid bezitten. De eisen zijn geformuleerd om de voorkomen dat de werkgever door middel van een yellow union gebruik maakt van de mogelijkheden bij cao van de wet af te wijken. Ze bereiken echter niet dat een werknemersvereniging daadwerkelijk representatief is. Zie bijv. Beltzer R.M., 'Enkele aspecten van cao-recht', *TAP* 2014/10.

161 Vlg. F.J.L. Pennings, 'Driekwart dwingend recht: de werknemer voldoende beschermd?', *TRA* 2012/43. Een verdere vergroting van de 'leesbaarheid' van de cao in het algemeen zou ook bijdragen tot meer transparantie. Ook de SER roept de cao-partijen op vordering te maken op dit punt, *Verbreiding draagvlak cao-afspraken*, advies 2013/03, p. 40.

arbeidsrecht met enkel de sociale doelen creëert echter een schijnbaar onverenigbare tegenstelling die in het arbeidsrecht niet (op die manier) bestaat. Het Nederlandse arbeidsrecht heeft de sociale doelen altijd nagestreefd in de context van de markteconomie. Ik heb betoogd dat economische doelen net zo eigen zijn aan het arbeidsrecht als de sociale doelen. Eerder kan verdedigd worden dat het huidige (nationale) arbeidsrecht de markt als uitgangspunt neemt en de markt ondersteunt en corrigeert, maar zeker niet alleen beperkt, hoewel de ondersteuning en de correctie van de markt misschien op een andere manier gebeurt, dan vanuit het flexicurity-model (of het neoliberale model) zou voortvloeien.

In het verlengde van de stelling dat het arbeidsrecht zich alleen op het vlak van de sociale doelen begeeft, is de stelling dat het arbeidsrecht *beschermingsrecht* is en dat flexicurity – en werkzekerheid als onderdeel daarvan – niet verenigbaar is met het arbeidsrecht omdat daar de bescherming van de werknemer als uitgangspunt ontbreekt. Zonder de beschermende functie van het arbeidsrecht te willen ontkennen, moet men echter ook hier ervoor waken om de bescherming van de werknemer aan te merken als de *enige* doelstelling of grondslag van het arbeidsrecht. In een dergelijke benadering komt te weinig naar voren dat het arbeidsrecht zeer zeker ook de belangen van de werkgevers in acht neemt, wat vooral bij wetgeving die vanaf de jaren '80 tot stand is gebracht naar voren komt. Betoogd is dan ook dat werkzekerheid niet zo ver van de 'fundamenten' van het arbeidsrecht af staat dat zij daarmee onverenigbaar zou zijn. Zij kan baanzekerheid zeer zeker aanvullen, doch niet (volledig) vervangen. Het hebben van werk zegt nog niets over de kwaliteit van dat werk, terwijl het hebben van een goede baan nog niets zegt over iemands mogelijkheid om *ander* werk te vinden.

De vraag naar de verenigbaarheid van werkzekerheid met het cao-recht maakt onmiskenbaar deel uit van de vraag naar de verenigbaarheid met het arbeidsrecht. De cao heeft een belangrijke plaats gekregen in ons maatschappelijke en juridische bestel, omdat met collectieve arbeidsvoorwaardenvorming wordt bijgedragen aan de bescherming van de werknemer (de functie van ongelijkheidscompensatie) en aan de goede werking van de arbeidsmarkt (de vredesfunctie). Het is dan ook terecht om de vraag te stellen of het legitiem is dat de cao een *andere* functie op zich neemt of vervult, namelijk die van het bieden van werkzekerheid. Die vraag is in het voorgaande benaderd vanuit een vergelijking van de 'oude' functies met de nieuwe. Vastgesteld is dat werkzekerheid in elk geval niet onverenigbaar is met de beschermingsfunctie van de cao. Hoewel werkzekerheid op het eerste gezicht niet gericht is op de bescherming tegen (de overmacht van) de werkgever, zoals de 'traditionele' manier van bescherming van de werknemer meestal is ingericht, kan (een uitgewerkte en reële) werkzekerheid wel bijdragen tot een grotere weerbaarheid van de werknemer en zo tot (meer) ongelijkheidscompensatie. In het licht van cao-*onderhandelingen* is het niet op voorhand te zeggen wat 'beter' is voor werknemers: tijdens de onderhandelingen inzetten op meer werkzekerheid of op meer baan-zekerheid. Noch kan op voorhand worden gezegd dat alle werknemers altijd baan-zekerheid boven werkzekerheid verkiezen.

Een mogelijk 'spanningsveld' isesignaleerd tussen de geïndividualiseerde aanpak in arbeidsvoorwaardenarrangementen die werkzekerheid lijkt te vereisen en het zogenoemde standaardsetting van arbeidsvoorwaarden in cao's. Het is echter mogelijk om in cao's of sociale plannen algemene verplichtingen in het kader van werkzekerheid op te nemen, maar de uitvoering vervolgens zo veel mogelijk te richten op de individuele werknemer en zijn (persoonlijke) omstandigheden, wensen en mogelijkheden. Het hoort bovendien tot goed werkgeverschap om de nodige flexibiliteit op te brengen en inspanningen in het kader van werkzekerheid zo veel mogelijk af te stemmen op de individuele werknemer. De collectieve afspraken zouden daar de ruimte voor moeten bieden.

Het feit dat het recht op collectief onderhandelen is erkend als een fundamenteel recht *legitimeert* als het ware op voorhand collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Het recht op collectief onderhandelen heeft echter in zijn kern het recht van vereniging. Wanneer het verenigen echter 'achter blijft' – wat zich uit in een lage organisatiegraad aan de kant van de werknemers – kan men wel kanttekeningen plaatsen bij het uitgangspunt dat door het collectieve overleg werkzekerheid inderdaad zou moeten worden bevorderd door nieuwe collectieve arrangementen *vooral* wanneer dat ten koste zou moeten gaan van baanzekerheid. Is het legitiem dat de cao wordt ingezet als 'veranderingsinstrument' wanneer de meerderheid van de werknemers geen lid wenst te worden van de organisaties die namens hen onderhandelen? De lage organisatiegraad lijkt een structurele verandering in arbeidsverhoudingen te zijn. Hier lijkt zich ook een paradox voor te doen: werkzekerheid wordt door velen gezien als een van de manieren voor de vakbonden om zich 'opnieuw uit te vinden', zich te profileren en zo meer leden aan te trekken, maar tegelijk wordt hun legitimiteit om dit te doen betwist juist omdat ze zo weinig leden hebben. Het betekent echter voor de vakbonden nog een grotere verplichting om hun eventuele keuze voor werkzekerheid adequaat te verantwoorden en de transparantie van hun besluitvormingsproces te vergroten. Tegelijk blijft een kritische houding (bij rechters) noodzakelijk bij cao's die gesloten zijn door klaarblijkelijk niet-representatieve vakbonden, met name waar het afspraken betreft waarin in de voor werknemers negatieve zin is afgeweken van de bepalingen in het arbeidsrecht.

HOOFDSTUK 4

In hoeverre is het individuele arbeidsrecht gericht op baan- dan wel werkzekerheid?

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht in hoeverre het arbeidsrecht gericht is op baan- dan wel werkzekerheid. In het tweede hoofdstuk is uitgelegd dat de term baan-zekerheid verwijst naar de continuïteit van het huidige dienstverband. De vraag is nu hoe het arbeidsrecht bijdraagt tot de continuïteit of de stabiliteit van de arbeidsrelatie. De term wordt primair in verband gebracht met de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de ontslagbescherming. De gedachte is dat werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in hoge mate beschermd worden tegen ontslag en dus min of meer zeker kunnen zijn van hun baan. In het eerste gedeelte van dit hoofdstuk staat deze assumptie centraal. Door na te gaan op welke manier werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd beschermd worden tegen ontslag, kan iets gezegd worden over de gerichtheid van het arbeidsrecht op baan-zekerheid. Eerst worden kort de Europese en internationale normen met betrekking tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst behandeld. Werkzekerheid daarentegen verwijst naar de continuïteit van de loopbaan. Zij wordt primair in verband gebracht met inzetbaarheid en transities op de arbeidsmarkt. In het tweede gedeelte van dit hoofdstuk wordt het ontslagrecht bestudeerd naar zijn gerichtheid op het op peil houden van de inzetbaarheid van de werknemer en op het ondersteunen van de werknemer wanneer deze een overstap van baan naar baan moet maken.

Bij de vraag in hoeverre het arbeidsrecht baan-zekerheid dan wel werkzekerheid biedt, moet echter ook gekeken worden naar de bredere werking van het arbeidsrecht, dan alleen de werking van de regels omtrent de (eenzijdige) beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Hoewel deze regels zeer relevant zijn in deze, het enkel onderzoeken van deze regels laat niet een volledig beeld zien van hoe het arbeidsrecht bijdraagt tot de continuïteit of de stabiliteit van het dienstverband of de loopbaan. Men moet daarnaast ook kijken naar de regels omtrent het type contract dat de partijen mogen sluiten. De 'vaste' en de 'flexibele' werknemers worden immers in die categorieën verdeeld op basis van het type overeenkomst dat ze met hun werkgever hebben. De regels omtrent het type overeenkomst staan in het derde gedeelte van dit hoofdstuk centraal.

In deze drie gedeeltes gaat het steeds om de vraag in hoeverre de arbeidsrechtelijke regels die de individuele arbeidsrelatie regelen gericht zijn op baan- dan wel werkzekerheid. De vraag die daarbij leidend is, is in hoeverre de belangen van de werknemers bij de continuïteit van het dienstverband of de continuïteit van de loopbaan rehtens een rol spelen wanneer de werkgever de arbeidsrelatie wenst te beginnen (regels rondom het type contract) en wanneer hij die relatie wenst te beëindigen (het ontslagrecht). Er is echter nog een belangrijke manier waarop het arbeidsrecht kan bijdragen aan baan- dan wel werkzekerheid. Het arbeidsrecht neemt niet alleen de belangen van de werknemers in acht door op sommige onderdelen van de arbeidsrelatie dwingende regels voor te schrijven, het biedt de werknemers *als groep* ook de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de besluitvorming in de onderneming. Ook op die manier kan het arbeidsrecht leiden tot een mate van baan- dan wel werkzekerheid, afhankelijk van hoe de werkgeversverenigingen die mogelijkheid om invloed uit te oefenen gebruiken. Het gaat in dit kader met name om de vraag hoeveel invloed de werknemersverenigingen kunnen uitoefenen op de besluitvorming rondom het type contract dat de werkgever aanbiedt en rondom (collectieve) ontslagen. Deze vragen (over het collectieve arbeidsrecht) komen echter niet in dit hoofdstuk terug, zij worden in de volgende hoofdstukken behandeld.

Belangrijk is tot slot om op te merken dat de *systematiek* van de toepasselijke arbeidsrechtelijke regels centraal staat in dit hoofdstuk.¹ De eventuele gerichtheid van die regels op baan- dan wel werkzekerheid zal uit de juridische werking van deze regels tezamen moeten worden afgeleid. Om de werkelijke effecten van het ontslagrecht op baan- en werkzekerheid te weten, zou men echter empirisch onderzoek moeten verrichten, wat buiten het bereik van deze studie ligt. Daarnaast is het nodig om op hoofdlijnen te blijven wat betreft het ontslagrecht en de regels omtrent de type arbeidsovereenkomst. Beide zijn breed omvattend en redelijk complexe delen van het arbeidsrecht. In het kader van baan- en werkzekerheid is het in de eerste plaats belangrijk te kijken naar het ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden, of korter 'het economisch ontslag', omdat met name hierin de spanning naar voren komt tussen het werkgeversbelang bij flexibiliteit en het werknemersbelang bij baan- zekerheid.² In principe functioneert de werknemer dan goed, maar wegens bedrijfseconomische omstandigheden wenst de werkgever deze toch te ontslaan. Een andere grond voor ontslag kan gelegen zijn in de persoon van de werknemer, bijvoorbeeld bij disfunctioneren van de werknemer. Hoewel bij ontslag wegens persoonlijke redenen het belang van de werknemer bij baan- zekerheid ook een rol speelt, ga ik hier toch uit van een kleinere rol dan bij bedrijfseconomische ontslagen. Ik neem daarom de laatst situatie als uitgangspunt.³

1 Men kan daarnaast ook kijken naar de (historische) bedoeling van de wetgever, zie bijv. C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014.

2 D. Christe en T. Peijpe, 'Functies van ontslagrecht' in *Asscher-Vonk-bundel*, p. 25.

3 Ik beperk me daarnaast tot het ontslag van 'gewone' werknemers en behandel niet de uitzonderingsgevallen. Zie over uitzonderingen in het kader van de BBA-procedure bijv. G. Boot, *Arbidsrechtelijke bescherming*, diss. Leiden, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 137-146.

4.2 Internationale normen voor het individuele ontslagrecht

De regulering van de arbeid in de 19^e eeuw was met name ingegeven door de noodzaak misbruik en uitbuiting van werknemers na de industriële revolutie te verminderen.⁴ Onder andere op het gebied van veiligheid, arbeidstijden en kinderarbeid werden regels uitgevaardigd, waarna men ook collectieve onderhandelingen ging toestaan. Bescherming tegen ongerechtvaardigd of onredelijk ontslag ging pas veel later onderdeel uitmaken van de wetgeving in landen van het continentale Europa. Dit gebeurde in het interbellum en vooral in het decennium onmiddellijk na 1945.⁵ Ontslagbescherming is dus pas veel later deel gaan uitmaken van de arbeidsrechtelijke bescherming.⁶ Zelfs de Internationale Arbeidsorganisatie heeft ontslagbescherming redelijk laat onderwerp gemaakt van een gedetailleerd Verdrag.⁷ In 1982 is het ILO-Verdrag nr. 158 aangenomen waarin de kernelementen van het ontslagrecht zijn gedefinieerd. Bij de herziening van het Europees Sociaal Handvest in 1996 is een artikel over ontslagbescherming opgenomen.⁸ Artikel 24 van het ESH noemt in het eerste lid het recht van alle werknemers om hun dienstbetrekking niet beëindigd te zien worden zonder geldige redenen. Wanneer een geldige reden ontbreekt, heeft de werknemer recht op 'voldoende schadeloosstelling'.

Op EU-niveau is nooit een poging gedaan om tot een volledige harmonisatie van het ontslagrecht te komen. Er zijn echter een aantal Richtlijnen uitgevaardigd die een tamelijk grote invloed hebben gehad op het Nederlandse arbeidsrecht. Het gaat met name om Richtlijnen op het terrein van collectief ontslag, overgang van onderneming en bepaalde tijd contracten.⁹ De meeste invloed heeft 'Europa' echter gehad op het terrein van gelijke behandeling.¹⁰ In het Handvest van de grondrechten van de EU is in artikel 30 echter wel opgenomen het recht tegen bescherming tegen 'ongerechtvaardigd' ontslag.¹¹ Dit recht kan echter alleen 'overeenkomstig het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken' uitgeoefend worden.

De meest uitgebreide normen van internationale oorsprong vinden we terug in het ILO-Verdrag nr. 158, welk Verdrag niet door Nederland is geratificeerd. Ook hier zijn het in acht nemen van een opzegtermijn en het hebben van een geldige reden voor ontslag als eisen genoemd. Een geldige reden houdt verband met de capaciteiten en

4 Zie bijv. De Schets, p. 5-6.

5 Zie bijv. S. Deakin en W. Njoya, 'The Legal Framework of Employment Relations', in P. Blyton e.a. (red.), *Handbook of Industrial Relations*, SAGE 2008; A. Ojeda Avilés en J. García Viña, 'Regulation of the Labour Market', in B. Hepple en B. Veneziani (red.), *The Transformation of Labour Law in Europe*, 2009 p. 64.

6 A.T.J.M. Jacobs, *Labour and the law in Europe*, Wolf legal publisher 2011, p. 69.

7 In 1963 was echter al Aanbeveling nr. 119 aangenomen ('Termination of Employment Recommendation'), waarin ook een 'valid reason for dismissal' was opgenomen. Er is nu een Aanbeveling nr. 166.

8 Het ESH van 1961 kende ook een bepaling over het in acht nemen van een opzegtermijn (artikel 4, paragraaf 4).

9 Deze Richtlijnen worden in hoofdstuk 5 uitgebreider behandeld.

10 A.T.J.M. Jacobs, *Labour and the law in Europe*, Wolf legal publisher 2011, p. 71.

11 Dit is in de Nederlandstalige versie vertaald als 'bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag'.

bekwaamheid of het gedrag van de werknemer of operationele behoeften van de onderneming, vestiging of dienst. In het Verdrag is ook bepaald wanneer geen sprake is van een geldige reden. Dat zijn onder andere redenen die verband houden met het lidmaatschap van een vakbond, maar ook ras, huidskleur, geslacht, etc. Verder bepaalt het Verdrag dat wanneer de reden voor ontslag verband houdt met het gedrag of het uitoefenen van werkzaamheden door de werknemer, deze werknemer de gelegenheid moet worden gegeven om zich te verdedigen tegen de gemaakte aantijgingen.¹² Voorts is geregeld dat de werknemer de mogelijkheid moet hebben zijn ontslag aan te vechten bij een onpartijdige instantie, zoals de rechtbank. De bewijslast dat het ontslag onrechtmatig is, mag daarbij niet bij de werknemer liggen. Het Verdrag bepaalt, tot slot, dat de werknemer recht heeft op een ontslagvergoeding gebaseerd op de duur van het dienstverband en de hoogte van het loon *of* op een werkloosheidsuitkering, dan wel een combinatie van die twee.¹³

4.3 Het Nederlandse ontslagrecht en baanzekerheid

Bij de behandeling van het nationale ontslagrecht dient vooraf opgemerkt te worden dat met het Sociaal Akkoord van april 2013 besloten is het ontslagrecht te herzien. In de laatste fase van het schrijven van dit boek was het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid dat op het Sociaal Akkoord is gebaseerd door de Tweede Kamer aangenomen.¹⁴ Op onderdelen wordt aandacht besteed aan de veranderingen die gaan komen als gevolg van het Sociaal Akkoord van 2013 en het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid, maar 'het oude ontslagrecht' staat centraal.

Bij het onderscheiden van de hoofdlijnen in het Nederlandse ontslagrecht is het behulpzaam als uitgangspunt te nemen dat een arbeidsovereenkomst een duurovereenkomst is.¹⁵ De werknemer en de werkgever komen overeen dat de werknemer *gedurende zekere tijd* arbeid zal verrichten onder gezag van de werkgever en in ruil voor loon.¹⁶ Net als bij andere overeenkomsten geldt hier het basisprincipe dat overeenkomsten nagekomen moeten worden.¹⁷ De regel dat de arbeidsovereenkomst in beginsel moet worden nagekomen betekent echter niet dat deze overeenkomst niet beëindigd kan worden. De werkgever en de werknemer kunnen bijvoorbeeld overeenkomen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, maar de werkgever mag ook – net als de werknemer – de arbeidsrelatie eenzijdig beëindigen.

Als de werkgever de arbeidsovereenkomst eenzijdig kan beëindigen, waarom wordt dan gesproken van *ontslagbescherming*? Waarin is die bescherming gelegen? Het

12 Tenzij dit redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden verwacht. Zie ook F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context*, Deventer: Kluwer 2007, p. 216.

13 Art. 12 ILO-Verdrag nr. 158.

14 Het onderzoek is in maart 2014 afgerond. Sociaal Akkoord StvdA, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*, april 2013; *Kamerstukken II 2012-2013*, 33 566, nr. 15. Voor het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid is uitgegaan van de versie zoals ingediend bij de Eerste Kamer op 18 februari 2014, *Kamerstukken I 2013-2014*, 33818, nr. A.

15 Van der Grinten, p. 291; De Schets, p. 132.

16 Art. 7:610 BW.

17 Dit beginsel wordt aangeduid als 'pacta sunt servanda'.

werkgevers besluit om de arbeidsovereenkomst te beëindigen moet naar Nederlands recht in principe vooraf getoetst worden door een extern en onafhankelijk orgaan. De werkgever kan daarbij kiezen uit twee 'routes': hij kan de overeenkomst opzeggen of door de kantonrechter laten ontbinden. In beide gevallen vindt er een toetsing plaats; bij de ontbinding is dat duidelijk, maar ook bij opzegging wordt het ontslag vooraf getoetst, aangezien opzegging niet mag geschieden zonder voorafgaande toestemming van overheidswege, namelijk van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna: het UWV).¹⁸ De werkgever mag bij economisch ontslag zelf bepalen op welke manier hij de arbeidsovereenkomst wil beëindigen, of met andere woorden welke 'ontslagroute' hij wil volgen: opzegging of ontbinding. Om die reden wordt ons stelsel als een 'dual ontslagstelsel' geduid. Het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid – gebaseerd op het Sociaal Akkoord van 2013 – handhaaft deze twee inhoudelijk van elkaar verschillende ontslagroutes, maar bepaalt dat de werkgever niet meer zelf de ontslagroute mag kiezen. Voor ontslag om bedrijfseconomische redenen en ontslag in verband met langdurige arbeidsongeschiktheid geldt dan de procedure bij het UWV, terwijl bij ontslagen wegens in de persoon gelegen redenen en bij ontslagen wegens verstoorde arbeidsverhoudingen de arbeidsovereenkomst ontbonden kan worden door de kantonrechter.¹⁹

Het Nederlandse ontslagstelsel is – en blijft ook na de veranderingen van het Sociaal Akkoord van 2013 – een preventief stelsel. Bij beide 'routes' wordt het ontslag *eerst* getoetst voordat de arbeidsovereenkomst beëindigd kan worden. Daaruit vloeit voort een mate van ontslagbescherming voor de werknemers. Het ontslag moet immers als het ware eerst 'goedgekeurd' worden ofwel door de rechter ofwel door het publiekrechtelijk orgaan het UWV.²⁰ Hoe groot die ontslagbescherming is, hangt van de toetsing af. Hieronder wordt op de toetsingscriteria ingegaan. Voor nu kan de toetsing van ontslagen door een extern en onafhankelijk orgaan als een algemene manier van ontslagbescherming worden aangemerkt. Een toetsing *achteraf* is echter ook mogelijk en dat valt ook onder de algemene manier van ontslagbescherming. Toetsing achteraf is nu alleen mogelijk bij de opzegging: de werknemer die het daarmee niet eens is, kan op grond van kennelijk onredelijk ontslag een procedure bij de rechter aanspannen.²¹ Hier is vervolgens ook hoger beroep en cassatie mogelijk, wat weer niet geldt bij ontbinding door de kantonrechter. Hierin willen het Sociaal Akkoord van 2013 en het daarop gebaseerde Wetsvoorstel verandering brengen, in die zin dat bij beide ontslagroutes hoger beroep en cassatie mogelijk wordt.²² Het Nederlandse ontslagstelsel is dus als preventief én als repressief te karakteriseren.

18 Art. 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA).

19 Zie art. 7:669 lid 3 jo. 7:671a lid 1 jo. 7:671b lid 1 BW Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid (33 818, nr. A).

20 Een opzegging zonder de vereiste toestemming is vernietigbaar, zie art. 9 lid 1 BBA. Dit geldt echter niet voor alle categorieën arbeidsverhoudingen. Toestemming is ook niet vereist tijdens de proeftijd, zie art. 1 en 2 BBA.

21 Art. 7:681 BW.

22 Dit wordt geregeld in een nieuw art. 7:683 BW.

Bij *collectieve ontslagen* komt in de procedure nog een formeel vereiste bij, welke de tweede algemene manier van ontslagbescherming genoemd kan worden. Ingevolge de Wet Melding Collectief Ontslag (WMCO) dient de werkgever die voornemens is de arbeidsovereenkomsten van ten minste twintig werknemers te beëindigen tijdig de belanghebbende verenigingen van werknemers te raadplegen.²³ Bij belanghebbende verenigingen van werknemers moet met name gedacht worden aan vakbonden. De ruimte die de vakbonden op grond van deze wet hebben om baan- dan wel werkzekerheid te beïnvloeden komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

4.3.1 De toetsingscriteria

Hoe worden de ontslagen getoetst? Het is bijzonder dat in alle drie hierboven genoemde instanties²⁴ in feite aan andere normen wordt getoetst. Die normen verschillen niet in grote mate van elkaar, maar ze verschillen weldegelijk. De vraag is dan of dit betekent dat per instantie ook de *aard* van ontslagbescherming verschilt. Met die vraag in acht genomen worden de toetsingscriteria hieronder per instantie op hoofdlijnen behandeld.

4.3.1.1 Toetsing van ontslagaanvragen door het UWV

Het UWV toetst op grond van het Ontslagbesluit of het voorgenomen ontslag *redelijk* is.²⁵ Bij de vraag of het ontslag redelijk is, speelt de reden voor het ontslag een belangrijke rol: de werkgever moet een redelijke grond voor ontslag hebben. Wanneer de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat hij bedrijfseconomische redenen heeft voor ontslag, dan wordt dat als een redelijke grond voor ontslag beschouwd. In het Ontslagbesluit zelf staat niet beschreven wat onder bedrijfseconomische redenen wordt verstaan. 'Een slechte financiële situatie, structurele werk- of omzetvermindering, een uit oogpunt van ondernemingsbeleid noodzakelijke reorganisatie en technologische veranderingen' zijn eerder door de regering benoemd als situaties die zonder meer aan te merken zijn als bedrijfseconomische omstandigheden, die aanleiding kunnen zijn voor een ontslagaanvraag.²⁶ Dit is dus een zeer brede bron van omstandigheden.

Nu is de aanwezigheid van een redelijke grond niet voldoende om het ontslag redelijk te achten. Bij de toetsing van de redelijkheid neemt het UWV in aanmerking 'de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer', maar ook andere belangen zoals 'het algemeen belang'.²⁷ De sociale gevolgen van het ontslag en met name de gevolgen voor de betrokken werknemer hebben met andere woorden

23 Art. 3 WMCO. De werkgever dient ook melding te doen van het ontslag aan het bevoegd gezag (d.i. het UWV).

24 Bedoeld is de kantonrechter bij ontbinding (art. 7:685 BW), het UWV bij opzegging (art. 6 BBA) en de 'gewone' rechter bij kennelijk onredelijk ontslag (art. 7:681 BW).

25 Dat is de algemene toetsingsmaatstaf, art. 3:1 Ontslagbesluit.

26 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 16.

27 Andere belangen worden alleen meegewogen voor zover ze bij de specifieke toetsingsbepalingen in het Ontslagbesluit zijn opgenomen.

een belangrijke plaats in de toetsing van het UWV.²⁸ Deze worden echter steeds afgezet tegen 'de mogelijkheden en belangen' van de werkgever. In de praktijk zal deze afweging van belangen en mogelijkheden bij economische ontslagen zelden zo uitwerken dat de werkgever de gewenste ontslagvergunningen niet krijgt en het aantal arbeidsplaatsen om die reden niet kan reduceren.²⁹ Het in aanmerking nemen van de sociale gevolgen hoeft niet te betekenen dat het werknemers belang bij baan zekerheid prevaleert boven het belang van de werkgever om arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische redenen te reduceren. Dat belang van de werkgever weegt zeer zwaar. Wanneer de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat uit het oogpunt van zijn ondernemingsbeleid 'één of meer arbeidsplaatsen dienen te vervallen',³⁰ dan zal de uitslag van de toetsing in beginsel ook zijn dat de ontslagen inderdaad doorgevoerd kunnen worden. Bovendien hoeft de werkgever daarbij niet aannemelijk te maken dat er een financiële noodzaak is voor ontslagen. Ook zonder een financiële noodzaak kan de werkgever valide 'bedrijfseconomische' redenen voor ontslagen hebben.³¹

Welke rol hebben de sociale gevolgen van de ontslagen in de toets van het UWV dan? Zij worden in feite pas in aanmerking genomen bij de selectie van de voor ontslag voorgedragen werknemers. Dat de werkgever bedrijfseconomische reden voor ontslagen heeft, zal het UWV redelijk snel aannemen, maar welke werknemers in dat geval dienen te worden ontslagen is de vraag waar de toets van het UWV zich in de praktijk voornamelijk op richt.³² Als de werkgever een bepaalde werknemer wil ontslaan kan dat door het UWV verhinderd worden als deze werknemer niet volgens de regels van het Ontslagbesluit is geselecteerd.³³ Dat betekent dat het belang bij baan zekerheid van een specifieke werknemer als individueel belang ook zwaar kan wegen. Een andere werknemer komt dan echter in diezelfde 'ontslagronde' wel voor ontslag in aanmerking. Zijn belang bij baan zekerheid weegt dan minder in de belangenafweging die het UWV maakt. Er vindt dus als het ware ook een afweging van de belangen plaats tussen de werknemers onderling.

Het UWV zal bij bedrijfseconomische ontslagen verwachten dat de werkgever eerst 'afscheid neemt' van uitzendkrachten of ander ingeleend personeel, dat hij de oproepkrachten niet meer oproept en de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd niet verlengt.³⁴ In juridische zin is in deze gevallen geen sprake van ontslag. Wanneer daar wel sprake van is, vereist het Ontslagbesluit verder dat bij het vervallen van meer

28 A.M. Luttmer-Kat, 'De preventieve ontslagtoetsing: een paard achter de wagen?' in *Asscher-Vonk-bundel*, p. 69.

29 In de praktijk verleent het UWV in de meeste gevallen een vergunning. Van alle afgehandelde ontslagaanvragen in 2009 werd 76% verleend; 8% werd geweigerd en 16% werd ingetrokken. Zie 'Jaarrapportage Ontslagstatistiek 2009', bijlage bij brief min. SZW van 16 juni 2010, referentie-nummer 11090.

30 Art. 4:2 lid 1 Ontslagbesluit.

31 Zo kan de werkgever de organisatie van zijn onderneming anders willen inrichten om zo naar zijn oordeel beter op de markt te kunnen reageren.

32 Van der Grinten, p. 350.

33 Zie ook de Beleidsregels Ontslagtaak UWV – versie september 2012.

34 Beleidsregels Ontslagtaak UWV, hoofdstuk 10 (Afspiegelingsbeginsel).

arbeidsplaatsen binnen één categorie uitwisselbare functies, per leeftijdsgroep de personen met het kortste dienstverband het eerst voor opzegging in aanmerking komen; dit is het zogenoemde afspiegelingsbeginsel.³⁵ In principe wordt anciënniteit hiermee 'beloond', omdat de werknemer met meer anciënniteit minder kans heeft voor ontslag in aanmerking te komen. Het belang van de werknemer met een langer dienstverband bij behoud van zijn baan weegt in de toets zwaarder dan hetzelfde belang van de werknemer met een korter dienstverband. Dit is althans zo als de betreffende werknemers dezelfde of uitwisselbare functie bekleden *en* binnen dezelfde leeftijdscategorie vallen. Door het verdelen van de werknemers in leeftijdsgroepen wordt de bescherming naar anciënniteit dus (sterk) afgezwakt. De ontslagen moeten immers evenredig over de leeftijdsgroepen verdeeld worden.

Het zijn niet alleen de werknemers met de meeste anciënniteit wiens belangen het zwaarst wegen in de UWV-procedure. Werknemers met een *zwakke arbeidsmarktpositie* worden extra beschermd in die zin dat het UWV toestemming voor hen zal weigeren, indien de zwakke arbeidsmarktpositie niet geldt voor de werknemer die *alsdan* voor ontslag in aanmerking komt. Ook werknemers met een arbeidshandicap – die overigens ook kunnen worden beschouwd als werknemers met een zwakke arbeidsmarktpositie – genieten extra bescherming in de ontslagprocedure. Voor hun ontslag verleent het UWV slechts toestemming indien de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat hij redelijkerwijs niet de mogelijkheid heeft de genoemde werknemer binnen zesentwintig weken te herplaatsen in een andere voor die werknemer passende functie.³⁶

Een werknemer kan dus in de positie verkeren dat hij in een specifiek geval niet voor ontslag in aanmerking komt. Het kan worden gezegd dat hij dus (door het arbeidsrecht) wordt beschermd of zelfs dat hij hierdoor baanzekerheid heeft. Die bescherming en baanzekerheid zijn dan echter relatief. De werknemer geniet die bescherming steeds *ten opzichte van* bepaalde andere collega-werknemers én slechts in die specifieke 'ontslagronde'. Een werknemer kan niet een bepaalde 'status' bereiken waardoor hij absolute baanzekerheid heeft.³⁷ Een werknemer met een lang dienstverband kan bijvoorbeeld ontslagen worden als er een andere werknemer is in dezelfde leeftijdsgroep en vergelijkbare functie, die een langer dienstverband heeft. Een slechte arbeidsmarktpositie zal ook geen extra bescherming kunnen bieden als de volgende werknemer die voor ontslag in aanmerking komt ook een slechte arbeidsmarktpositie heeft. Een werknemer voor wie geen ontslagvergunning wordt verleend, kan bovendien bij een latere ontslagaanvraag *wel* voor ontslag in aanmerking komen.

35 De leeftijdsgroepen zijn: van 15 tot 25 jaar, van 25 tot 35 jaar, van 35 tot 45 jaar, van 45 tot 55 jaar en van 55 jaar en ouder. Op dit beginsel kan een uitzondering worden gemaakt indien het een voor de onderneming onmisbare werknemer betreft (art. 4:2 lid 1 en 4 Ontslagbesluit).

36 Art. 4:4 lid 1 en 5:2 Ontslagbesluit.

37 De ontslagverboden komen hieronder aan bod.

Het opzeggingsverbod heeft voor de overheid een mogelijkheid geopend om in individuele gevallen de positie van de voor ontslag in aanmerking komende werknemer te versterken. Art. 4:5 van het Ontslagbesluit geeft het UWV de bevoegdheid om aan de toestemming voor ontslag wegens bedrijfseconomische redenen de zogenoemde *wederindiensttredingsvoorwaarde* te verbinden. Is een dergelijke voorwaarde aan de vergunning verbonden, dan mag de werkgever binnen 26 weken na de bekendmaking van de toestemming geen andere werknemer in dienst nemen om dezelfde werkzaamheden te verrichten als de ontslagen werknemer. Hij moet de ontslagen werknemer eerst in de gelegenheid stellen zijn vroegere werkzaamheden te hervatten. De werknemer heeft dan niet automatisch recht op zijn oude arbeidsvoorwaarden; de werkgever mag het werk onder de bij hem 'gebruikelijke voorwaarden' aanbieden.³⁸ Wanneer de voorwaarde in vervulling gaat, dat wil zeggen wanneer de werkgever binnen een half jaar na het ontslag wel een andere werknemer in dienst neemt³⁹ om dezelfde werkzaamheden te verrichten zonder dat hij eerst de ontslagen werknemer de baan heeft aangeboden, wordt de ontslagvergunning geacht niet te zijn verleend. De werknemer kan de nietigheid van de opzegging inroepen gedurende zes maanden vanaf het tijdstip waarop de vervulling van de voorwaarde hem bekend is geworden of had moeten zijn, en loon vorderen vanaf het tijdstip waartegen was opgezegd.⁴⁰ De *wederindiensttredingsvoorwaarde* is sinds 1993 de enige voorwaarde die het UWV aan de ontslagvergunning mag verbinden.⁴¹

Het UWV heeft weinig mogelijkheden om de door de werkgever aangevoerde bedrijfseconomische redenen voor ontslag te controleren. Het toetst dit aspect dan ook slechts marginaal.⁴² Ook de werknemer heeft er doorgaans weinig 'vat' op.⁴³ De ontslagvergunning zal dus in principe ook verleend worden. Wanneer de werkgever snel daarna andere werknemers aanneemt om hetzelfde werk te doen, maar waarschijnlijk onder minder gunstige arbeidsvoorwaarden, dan worden de belangen van de betrokken werknemers – maar ook het algemeen belang – ernstig geschaad. Door een dergelijke voorwaarde aan de ontslagvergunning te verbinden kan het UWV trachten toch 'sociaal ongerechtvaardigd ontslag' te voorkomen.⁴⁴ Als algemene beleidsregel geldt dat het UWV altijd de voorwaarde van *wederindienstneming* oplegt wanneer het gaat om structureel vervallen van een arbeidsplaats.⁴⁵

Hoewel door het verlenen van ontslagvergunningen onder de *wederindiensttredingsvoorwaarde* duidelijk werknemers belangen en het algemeen belang beschermd worden, kan niet meteen gesproken worden van een gerichtheid op baan zekerheid.

38 *Staatscourant* 1998, nr. 238, p. 12

39 Ook het inhuren van uitzendkrachten kan in strijd zijn met de *wederindiensttredingsvoorwaarde*, zie Ktr. Groningen 24 januari 2013, *JAR* 2013/81.

40 HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 705.

41 Zie bijv. P.S. van Minnen en W.A. Zondag, 'Ontslagvergunning onder ontbindende voorwaarde', *ArA* 2002/1; J.P.H. Zwemmer, 'De voorwaardelijke ontslagvergunning', *ArbeidsRecht* 2006/50.

42 Zie Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012, hoofdstuk 7.

43 Conclusie AG bij HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 705.

44 HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 705.

45 Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012, hoofdstuk 22 'Wederindiensttredingsvoorwaarde', p. 4.

De werknemer is immers zijn baan al kwijt en zolang de voorwaarde niet vervuld is, blijft dit ook zo. De opzegging is alleen nietig als de werkgever de voorwaarde in vervulling heeft doen gaan.

4.3.1.2 Rechterlijke toetsing achteraf: kennelijk onredelijk ontslag

Een opzegging waarvoor toestemming van het UWV is verkregen kan toch als kennelijk onredelijk ontslag worden aangemerkt door de rechter. Hoewel deze procedure altijd volgt ná de UWV-procedure, is de toetsing van het ontslag in deze procedures toch anders. De rechter beoordeelt het ontslag vrijwel volledig los van de bevindingen van het UWV. Dit is ook terecht. Het UWV kan bijvoorbeeld voor een werknemer een ontslagvergunning verlenen, omdat er andere werknemers in zijn leeftijdscategorie waren die een langer dienstverband hadden. Dit wil echter nog niet zeggen dat het ontslag van deze individuele werknemer niet (kennelijk) onredelijk was. Daar kunnen andere redenen voor zijn.

De criteria waaraan de rechter toetst of een ontslag kennelijk onredelijk is zijn minder duidelijk dan de toetsingsnormen uit het Ontslagbesluit.⁴⁶ Het Burgerlijk Wetboek (artikel 7:681) noemt slechts een aantal voorbeelden van omstandigheden op grond waarvan de rechter tot de kennelijke onredelijkheid kan besluiten. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat van kennelijk onredelijk ontslag sprake is wanneer de werkgever in strijd met de eisen van *goed werkgeverschap* heeft gehandeld.⁴⁷ Daarbij moet gelet worden op alle omstandigheden van het geval tezamen en in onderling verband.⁴⁸ De reden voor het ontslag is in deze procedure slechts één van die omstandigheden die bepalen of het ontslag kennelijk onredelijk is; de gevolgen van het ontslag voor de werknemer spelen (ook) een grote rol. De wetgever heeft dit ook bevorderd door in het tweede lid van artikel 681 op te nemen dat een opzegging door de werkgever kennelijk onredelijk kan worden geacht 'wanneer, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging'.⁴⁹ De rechter moet dus aan belangenafweging maken: de belangen van de werknemer die zijn baan kwijtraakt enerzijds en anderzijds de belangen van de werkgever die de arbeidsovereenkomst wenst te beëindigen. Dit wil zeggen dat ook als de werkgever een redelijke grond voor ontslag had en het ontslag was gegeven met toestemming van het UWV, dit ontslag toch kennelijk onredelijk kan zijn, omdat

46 Anderzijds bestaat er betrekkelijk weinig inzicht in de individuele ontslagpraktijk van het UWV, De Schets, p. 349.

47 HR 27 november 2009, JAR 2009, 305 m.nt. Verhulp (Van de Grijp/Stam) (r.o. 4.2).

48 HR 27 februari 1998, JAR 1998, 111; HR 27 november 2009, JAR 2009, 305 (Van de Grijp/Stam).

49 In de praktijk wordt in de meeste gevallen juist op deze situatie een beroep gedaan. De rechterlijke toetsing in de kennelijk-onredelijk-procedure richt zich daardoor tegenwoordig niet zo zeer op de redenen voor ontslag, maar op de gevolgen ervan, zie bijv. J.P. Quist, 'Kennelijk onredelijk ontslag: ook na de Grijp/Stam en Rutten/Breed behoefte aan (meer) voorspelbaarheid en rechtszekerheid', TAP 2010/2 p. 61.

de gevolgen ervan voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging. De voor de werknemer getroffen voorzieningen en zijn mogelijkheden om andere passende arbeid te vinden (in de literatuur meestal geduid als zijn *arbeidsmarktperspectieven*) volgen uit de wettekst van artikel 7:681 als relevante factoren bij de belangenafweging. Andere factoren die uit de rechtspraak volgen zijn bijvoorbeeld de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer, alsmede de financiële situatie van de werkgever.⁵⁰

Het feit dus dat ontslag toch kennelijk onredelijk kan worden geacht, ongeacht het feit dat de werkgever een redelijke grond voor ontslag had en het UWV toestemming heeft verleend, draagt aanzienlijk bij aan de ontslagbescherming van alle werknemers. De toetsing vindt echter plaats *nadat* de arbeidsovereenkomst is opgezegd. Zij kan daarom slechts indirect aan baan zekerheid bijdragen, aangezien de arbeidsrelatie al is beëindigd.⁵¹ De indirecte bijdrage aan baan zekerheid vindt plaats doordat werkgevers vermoedelijk rekening houden met de mogelijkheid dat werknemers deze procedure kunnen aanspannen en hun gedrag hierop waarschijnlijk aanpassen.

4.3.1.3 Rechterlijke toetsing bij ontbinding

Een alternatief voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst is de ontbinding door de rechter. Ieder der partijen is te allen tijde bevoegd de rechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden (artikel 7:685 BW). De wetstekst 'wegens gewichtige redenen' lijkt een zware toets van de redenen voor ontslag door de rechter te impliceren. Ook de precisering in het tweede lid van het artikel 685 van wat als een gewichtige reden kan worden beschouwd en op basis waarvan in de praktijk arbeidsovereenkomsten meestal ontbonden worden,⁵² lijkt een bepaalde urgentie in te houden: het moet gaan om 'veranderingen van omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de dienstbetrekking billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen'. Toch is deze ontbindingsgrond bijzonder ruim.⁵³ In de praktijk worden arbeidsovereenkomsten meestal ontbonden wegens 'verstoorde arbeidsrelaties' of wegens economische veranderingen. De ontbindingsprocedure kan vanwege haar relatieve snelheid en eenvoud⁵⁴ een aantrekkelijk alternatief zijn ten opzichte van de opzeggingsroute. Daarbij komt dat tegen de uitspraak van de kantonrechter in beginsel geen hoger beroep kan worden ingesteld.

50 Zie o.a. HR 12 februari 2010, JAR 2010/72 (Rutten/Breed).

51 De rechter kan de werkgever die de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk opzegt echter veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen, wanneer de werknemer dit heeft gevorderd (art. 7:682 lid 1 BW). Een veroordeling tot herstel wordt echter altijd vervangen door een afkoopsom indien de werkgever dit wenst.

52 Van der Grinten, p. 293.

53 Zie bijv. De Schets, p. 175.

54 De rechter oordeelt op grond van wat hem van de stellingen van partijen over en weer zonder bewijslevering aannemelijk voorkomt, zie R.A.A. Duk, 'De arresten van 27 november 2009 en 12 februari 2010 en de Aanbevelingen van de Kring van de Kantonrechters: wie heeft gelijk?' TRA 2010/5, p. 12.

Naast de snelheid en de eenvoud in procedure, biedt de ontbindingsroute zoals zij nu in de wet is verankerd, een bijkomend en in dit licht wellicht een meer fundamenteel voordeel. In het eerste lid van artikel 7:685 BW is bepaald dat ieder der partijen *te allen tijde* bevoegd is zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Het tweede lid bepaalt bovendien dat elk beding dat deze mogelijkheid beperkt of uitsluit nietig is. De ontbindingprocedure staat dus altijd open voor de partijen; zij mogen noch formeel noch materieel belemmerd worden in de mogelijkheid de arbeidsovereenkomst op ieder moment wegens gewichtige redenen te doen ontbinden.⁵⁵ Dus noch in individuele arbeidsovereenkomst noch in cao's kan deze bevoegdheid van de partijen beperkt worden.⁵⁶ Zulke beperkingen zijn nietig.

Nu zou men kunnen redeneren dat artikel 7:685 BW slechts regelt dat partijen bij de arbeidsovereenkomst altijd de bevoegdheid hebben om een ontbindingsverzoek *in te dienen*. Of de rechter het verzoek zal honoreren is natuurlijk een andere vraag. Toch kan uit de systematiek van de wet een bepaalde (maatschappelijke) functie van de ontbindingsroute afgeleid worden. Die functie lijkt te zijn dat er altijd een mogelijkheid moet zijn voor partijen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. De weg van de ontbinding moet als het ware altijd openstaan.⁵⁷ Uit de memorie van toelichting op artikel 1639 (oud, nu art. 7:685) BW blijkt ook dat de wetgever voor beide partijen de mogelijkheid heeft willen openhouden om te allen tijde de arbeidsovereenkomst te beëindigen.⁵⁸ Bij de ontbinding hoeft de kantonrechter de opzegtermijn dan ook niet in acht te nemen.⁵⁹ Ook de ontslagverboden zijn niet leidend in de ontbindingsprocedure.⁶⁰ Dit ruime bereik van artikel 7:685 BW onderschrijft ook de Hoge Raad. Hij oordeelt dat in een sociaal plan of cao opgenomen beding dat de partijen belemmert om zich tot de kantonrechter te wenden nietig is, omdat een andere uitleg niet verenigbaar zou zijn met het ruime bereik dat artikel 7:685 heeft om aan 'de daarmee beoogde maatschappelijke functie (te) kunnen voldoen'.⁶¹

Die functie vervult de ontbinding in de praktijk dan ook. Slechts ongeveer 9% van het aantal ontbindingsverzoeken wordt door de kantonrechter afgewezen.⁶² Ontbinding van de arbeidsovereenkomst is dus in beginsel altijd een alternatief voor de

55 Ktr. Haarlem 5 april 2000, JAR 2000/126 (r.o. 4).

56 HR 20 maart 1998, NJ 1998, 815, JAR 1998/127.

57 Dit betekent overigens niet dat een arbitrageovereenkomst (of een overeenkomst omtrent bindend advies) zoals opgenomen in de cao niet voor partijen zou gelden, zie HR 14 december 1973, NJ 1974/92; HR 22 november 1985, NJ 1986/275.

58 Bles deel IV, p. 257.

59 Zie bijv. E. Verhulp, aantek. 1 bij art. 7:685 BW, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*. De kantonrechter kan echter het niet in acht nemen van de opzegtermijn als een bijzondere omstandigheid aanmerken die een hogere vergoeding rechtvaardigt (dan uit de kantonrechtersformule zou volgen), zie bijv. Ktr. Rotterdam 1 juni 2010, JAR 2010/242.

60 Hieronder volgt meer over opzegverboden.

61 HR 20 maart 1998, NJ 1998/815, JAR 1998/127.

62 P. Kruit, *De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst*, diss. EUR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

werkgever die een arbeidsovereenkomst eenzijdig wil beëindigen.⁶³ Daarmee wordt de baan zekerheid die uit de wetgeving omtrent de opzegging voortvloeit afgezwakt. Aan de ontbinding hangt doorgaans echter een 'prijskaartje'. De vergoedingen die de kantonrechters bij de ontbinding plegen toe te kennen aan werknemers worden regelmatig als hoog aangemerkt. Ze zijn in de meeste gevallen hoger dan de vergoedingen die op grond van kennelijk onredelijk ontslag worden toegekend.⁶⁴ Het is denkbaar dat vanwege de hoge vergoedingen werkgevers in de praktijk toch terughoudend zijn met het indienen van een ontbindingsverzoek. Dit onderdeel van het ontslagrecht is dan formeel wellicht niet gericht op baan zekerheid, maar in de praktijk kan de ontbinding door het hoge 'prijskaartje' toch tot (meer) baan zekerheid bijdragen.

4.3.1.4 Tussenconclusie

Geconcludeerd kan worden dat de toetsen formeel wel verschillen, terwijl een nadere beschouwing leert dat de procedures zich zo hebben ontwikkeld dat toch van één algemeen beginsel gesproken kan worden dat ten grondslag ligt aan het hele ontslagrecht.⁶⁵ Dat beginsel is dat het ontslag zowel wat betreft de ontslagreden als in zijn uitvoering (de wijze waarop het tot stand komt) en in zijn gevolgen aan een zekere *redelijkheidseis* moet voldoen.

Hoewel van één beginsel gesproken kan worden, geldt de juridische toetsing van het ontslag als een ingewikkelde aangelegenheid, aangezien een veelheid aan (aangevoerde) omstandigheden en factoren daarbij betrokken kunnen worden. Dit is niet verwonderlijk gezien de open normen die we in de wet en regelgeving tegenkomen: 'een redelijk ontslag' (artikel 3:1 Ontslagbesluit), 'kennelijke onredelijkheid' (artikel 7:681 BW) en 'gewichtige reden' (artikel 7:685 BW).⁶⁶ Ook het feit dat niet alleen gekeken wordt naar de reden, maar ook naar de uitvoering én de gevolgen van het ontslag brengt mee dat verschillende omstandigheden bij de rechterlijke toetsing een rol kunnen spelen. De verscheidenheid van de relevante factoren maakt dat de uitkomst van de ontslagprocedures – en met name de kennelijk-onredelijk-procedure – in individuele gevallen redelijk tamelijk onvoorspelbaar te noemen is voor zowel de werkgever als de werknemer.⁶⁷ Wanneer de werkgever bedrijfseconomische redenen heeft voor ontslag, geldt die onvoorspelbaarheid minder voor de

63 Het was ten tijde van het schrijven duidelijk dat in het Sociaal Akkoord van 2013 overeen was gekomen dat de ontbindingsroute alleen open zou staan voor ontslagen wegens in de persoon gelegen redenen en bij verstoorde arbeidsverhoudingen; dus in beginsel niet voor economische ontslagen. Heeft het UWV echter geen ontslagvergunning willen verlenen, dan kan de werkgever 'de zaak in beroep voorleggen aan kantonrechter', StvdA 2013, p. 28. Ontbinding blijft dus nog steeds de hierboven beschreven functie dienen.

64 Zie P. Kruit en C.J. Loonstra, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2008: het einde van een tijdperk', *ArbeidsRecht* 2009/6-7, p. 7-22.; IVA, *Ontslagzaken via de kantonrechter*, Tilburg: IVA 2009.

65 L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, diss. UvA, Deventer: Kluwer, 1983, p. 147.

66 W.L. Roozendaal, 'Gezichtspunten bij ontslag: verwijtbaarheid, proportionaliteit en continuïteit', *ArA* 2009/3, p. 24.

67 Zie ook R.A.A. Duk, 'Ontbinding, opzegging en de bijbehorende vergoedingen: shall the twain ever meet?' *ArbeidsRecht* 2010/36.

vraag óf de arbeidsovereenkomst beëindigd zal worden. Bij een voorgenomen economisch ontslag is de kans dat het ontslag uiteindelijk doorgang vindt juist zeer groot. Dit geldt des te meer wanneer men in aanmerking neemt dat de ontbindingsroute in beginsel altijd openstaat. De mogelijkheid van ontbinding verkleint als het ware de bescherming die bestaat rondom de opzegging. Baanzekerheid – uitgelegd als de zekerheid dat de dienstbetrekking zal blijven voortduren – die uit de wettelijke ontslagbescherming voortvloeit, is dus relatief.⁶⁸ De gevallen waarin het ontslag niet ten uitvoer gebracht kan worden zijn zeldzaam. In de literatuur is dit een bekend feit. Om de woorden van Jacobs te gebruiken: ‘de berg van het ontslagrecht baart een muis’.⁶⁹ Als het ontslag echter kostbaar is, dan kan dit uiteraard wel ervoor zorgen dat de baanzekerheid toeneemt.⁷⁰

De onzekerheid omtrent de uitkomst van de ontslagprocedure hangt meer samen met de manier waarop de gevolgen van het ontslag in de toetsing betrokken worden. Het is in een individuele zaak op voorhand lastig te zeggen welke omstandigheden het zwaarst zullen wegen en hoe ze op de uiteindelijke beslissing van de rechter dan wel het UWV van invloed zullen zijn. De onzekerheid is dus – althans bij economische ontslagen – niet zo groot bij de vraag óf de arbeidsovereenkomst beëindigd zal worden, maar zij is vooral aanwezig bij de vraag onder welke voorwaarden dat zal gebeuren.

4.3.2 De opzegtermijn en de opzegverboden

Een bestanddeel van de ontslagbescherming is het in acht nemen van een opzegtermijn. De werkgever mag in beginsel de arbeidsovereenkomst niet met onmiddellijke ingang opzeggen; hij moet de werknemer tijd gunnen om voorbereidingen te treffen om (in de meeste gevallen) een andere baan te vinden.⁷¹ Het loon wordt tijdens de opzegtermijn doorbetaald. De lengte van de wettelijke opzegtermijn die de werkgever in acht moet nemen is afhankelijk van de duur van het dienstverband. Hoe langer het dienstverband, hoe langer de opzegtermijn. Hij is minimaal één maand (bij een arbeidsovereenkomst die korter dan vijf jaar heeft geduurd) en maximaal vier maanden (bij een arbeidsovereenkomst die vijftien jaar of langer heeft geduurd).⁷² Partijen kunnen een langere opzegtermijn (schriftelijk) overeenkomen. Ook in de cao wordt de opzegtermijn soms verlengd. Een kortere termijn afspreken dan de wettelijk voorgeschreven termijn is een bevoegdheid die alleen cao-partijen toekomt. Wanneer de werkgever toestemming heeft gekregen van het UWV om de arbeidsovereenkomst op te zeggen dan moet hij nog de juiste opzegtermijn in acht nemen. De werkgever

68 Dit kan ook niet anders in een markteconomie. Zie ook Rigaux M., ‘Collectief bedongen werkzekerheid: een vrije reflectie over de grenzen van de subsidiariteit’, in: M. Rigaux en W. Rauws (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 695-733; G. Sebardt, *Redundancy and the Swedish model in an international context*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2006, p. 502-503.

69 A.T.J.M. Jacobs, *Elementair sociaal recht*, 7e druk, Groningen: Wolters-Noordhoff 2000, p. 139.

70 De ontslagvergoeding komt hieronder aan bod.

71 E. Verhulp, ‘De opzegtermijnen nader beschouwd’, *ArbeidsRecht* 2005/1.

72 Art. 7:672 BW.

mag echter op deze termijn één maand in mindering brengen, mits er één maand opzegtermijn overblijft.⁷³

De loondoorbetaling tijdens de opzegtermijn kan worden beschouwd als een manier om de werknemer gedurende een zekere tijd – waarin hij in principe naar een andere baan zoekt – inkomenszekerheid te geven. In die zin is de ontslagbescherming die uit de opzegtermijn voortvloeit eerder gericht op werkzekerheid dan op baan zekerheid. Dit is echter slechts in beperkte mate zo. De inkomensbescherming is tijdens de opzegtermijn wel gewaarborgd, maar er is in die periode voor de werknemer in beginsel geen assistentie beschikbaar bij het zoeken naar een andere baan, noch bestaat er in die tijd een verplichting voor de werkgever om de werknemer te helpen een nieuwe baan te vinden. Verschillende malen is voorgesteld de opzegtermijn meer in dienst te stellen van werkzekerheid. Volgens de Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid is de opzegtermijn, net als de ontslagvergoeding, onvoldoende gericht op werkzekerheid in die zin dat het financiële ondersteuning biedt bij het zoeken naar een nieuwe baan.⁷⁴ Hij beveelt in zijn rapport 'Investeren in werkzekerheid' aan de loondoorbetaling gedurende de opzegtermijn en de ontslagvergoeding op te laten gaan in één regeling ter financiering van de loondoorbetaling in een afgebakende zoekperiode. De Commissie Bakker beveelt daarentegen aan de opzegtermijn in alle gevallen op één maand te stellen, waarna een 'transferperiode' van maximaal zes maanden ingaat waarin ten minste 70% van het loon wordt doorbetaald en waarin de werkgever de verplichting heeft de werknemer te helpen een andere baan te vinden of ervoor te zorgen dat de werknemer zich schoolt.⁷⁵ De genoemde voorstellen zijn nooit geïmplementeerd en zullen op dit punt dan ook niet verder besproken worden. Zij dienen slechts ter illustratie dat de opzegtermijn meer dan nu in dienst kan staan van werkzekerheid.⁷⁶ Met de Wet Flexibiliteit en Zekerheid zijn de opzegtermijnen in 1999 verkort als een deel van de uitruil tussen de bescherming van de 'vaste' en 'flexibele' werknemers.⁷⁷ Door de verkorting van de opzegtermijnen werd de bescherming van de vaste werknemers verminderd, ten gunste van de verhoging van de bescherming van flexibele werknemers.⁷⁸ Het doel van de opzegtermijn werd echter ongewijzigd gelaten, dat is nu dus nog steeds vooral gericht op inkomensbescherming. Vanwege het ontbreken van de actieve steun bij het zoeken naar een nieuwe baan, kan dit onderdeel van de ontslagbescherming niet getypeerd worden als gericht te zijn op werkzekerheid.⁷⁹

73 Van deze resterende termijn van één maand kan bij cao of bestuursregeling ten nadele van de werknemer worden afgeweken, art. 7:672 lid 7 BW.

74 WRR, *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam 2007, vol. 77, p. 182-183.

75 Advies Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, Rotterdam 2008, o.a. p. 83-83. Na de transferperiode zou een soort poortwachterstoets plaats moeten vinden om na te gaan of werkgever en werknemer zich voldoende hebben ingespannen om werk te vinden. De Commissie adviseert ook over maatregelen ná de transferperiode.

76 Er zijn echter veel nadelen aan de voorstellen verbonden, zie bijv. F.J.L. Pennings, 'De Werkverzekering: flexibiliteit en zekerheid in balans?', *TRA* 2009/22.

77 Wet Flexibiliteit en zekerheid van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300.

78 Zie hierover bijv. C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014, p. 294.

79 Het Sociaal Akkoord van 2013 laat de bestaande opzegtermijnen overigens ongemoeid, Sociaal Akkoord 2013 *Stvda*, p. 28.

Bij ontslagen wegens bedrijfseconomische omstandigheden kan de werkgever verder te maken krijgen met diverse bijzondere opzegverboden die zijn neergelegd in het Burgerlijk Wetboek, zoals het opzegverbod bij ziekte, zwangerschap en OR-lidmaatschap.⁸⁰ Het woord opzegverbod impliceert een sterke gerichtheid op baanzekerheid en dat is in zekere zin ook zo. De opzegverboden gelden ten aanzien van alle werknemers, maar enkel wanneer ze zich een aantal specifieke (in de wet limitatief opgesomde) situaties bevinden. Het gaat in de eerste plaats om situaties waarin de werknemer extra kwetsbaar is. Dit is bijvoorbeeld het geval bij ziekte of tijdens de periode rond de bevalling. In die situaties is de werknemers productiviteit verlaagd, terwijl zijn kansen om ander werk te vinden vermoedelijk kleiner zijn dan normaal. In de tweede plaats gaat het om situaties waarin de werknemer zijn fundamentele rechten uitoefent.⁸¹ Wanneer de werknemer in die situaties niet beschermd zou worden tegen ontslag, dan wordt het beroep op die fundamentele rechten sterk uitgehold. Om die reden is bijvoorbeeld opzegging wegens vakbondslidmaatschap of OR-lidmaatschap verboden. Deze opzegverboden richten zich dus op de bescherming van de werknemer in verschillende specifieke situaties.

Ook de gelijkebehandelingswetgeving kent opzegverboden.⁸² Deze verboden richten zich op ontslagen wegens discriminatoire redenen. Dit is een meer algemene vorm van (ontslag)bescherming, omdat het niet gaat om werknemers in specifieke situaties. Alle werknemers moeten immers gelijk worden behandeld en mogen niet om discriminatoire redenen ontslagen worden. Gelijke behandeling is een grondrecht en in dat licht zal het verbod op ontslag wegens discriminatoire redenen in de kern moeten blijven van elk ontslagsysteem of het nu gericht is op baanzekerheid of werkzekerheid.

Een andere meer algemene bescherming bij ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen kan voortkomen uit het opzegverbod wegens overgang van onderneming, dat zijn oorsprong heeft in een Europese Richtlijn.⁸³ Zowel de vervreemder (de werkgever die de onderneming overdraagt) als de verkrijger (de nieuwe werkgever die de onderneming overneemt) mag de werknemers niet ontslaan om redenen die enkel verband houden met de overgang van onderneming.⁸⁴ Dit opzegverbod kan echter niet als een absoluut verbod worden gezien.⁸⁵ Ontslag wegens economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen in de werkgelegenheid met zich brengen blijft mogelijk. De werkgever zal dan aannemelijk moeten maken dat de ontslagen geen verband houden met de overgang van onderneming.

De opzegverboden gelden in principe alleen wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst wil opzeggen, dus in de UWV-route. Bij de ontbinding zijn ze voor de

⁸⁰ Art. 7:670 en 7:670a BW.

⁸¹ Dit wordt ook wel bescherming tegen victimisatieontslagen genoemd.

⁸² Dit is hierboven ook aan de orde geweest.

⁸³ Laatste Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 (PbEG 2001, L 82, 16).

⁸⁴ Art. 7:670 lid 8 BW.

⁸⁵ Zie bijv. S.R. Spoelder, 'Opzegverbod wegens overgang van onderneming: Hebbes!', *ArbeidsRecht* 2010/22.

kantonrechter niet leidend, maar hij moet zich wel vergewissen van de mogelijkheid dat het ontbindingsverzoek verband houdt met het bestaan van een opzegverbod.⁸⁶ Het opzegverbod zal echter niet die werking hoeven hebben dat het de ontbinding daadwerkelijk tegenhoudt wanneer *andere* omstandigheden zich voordoen die een gewichtige reden voor ontbinding vormen.⁸⁷

4.3.3 De gevolgen van het ontslag

In de discussie over het ontslagrecht en baanzekerheid wordt veel nadruk gelegd op (de hoogte van) de *ontslagvergoeding*.⁸⁸ Het zijn niet alleen de regels rondom de beëindiging van de arbeidsovereenkomst die ter discussie staan, maar ook – of vooral – de hoogte van de vergoeding die de werknemer krijgt wanneer de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd.⁸⁹ Vooral de ontslagvergoeding die in de ontbindingsprocedure op basis van de kantonrechtersformule wordt toegekend, wordt bekritiseerd. Verschillende voorstellen ter maximering van de ontslagvergoeding zijn in de afgelopen jaren naar voren gebracht. Er wordt regelmatig ook de vraag gesteld waarom bij ontslag een geldelijke vergoeding betaald zou moeten worden. ‘De ontslagen werknemer koopt er een caravan of een auto van, maar het helpt hem niet om een nieuwe baan te krijgen’, is het idee. Scholing of outplacementbegeleiding worden dikwijls als alternatieven voor een geldelijke ontslagvergoeding voorgesteld. De redenering is dat met deze alternatieven werkzekerheid wordt gediend en niet baanzekerheid. Wanneer de werknemer (snel) ander werk heeft gevonden treedt het inkomensverlies niet op (of het wordt zeer beperkt), waardoor de grondslag voor een ontslagvergoeding wegvalt.⁹⁰

4.3.3.1 De ontslagvergoeding

Thans is het zo dat de vraag of de werknemer bij ontslag een vergoeding toegekend krijgt en wat de hoogte van die vergoeding is, in belangrijke mate afhangt van de procedure die zijn werkgever gevolgd heeft om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Er is in dit opzicht een belangrijk verschil tussen de twee ‘beëindigingroutes’. Wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt, krijgt de ontslagen werknemer in principe geen ontslagvergoeding. De werkgever kan ervoor kiezen de ontslagen werknemer toch een vergoeding mee te geven, maar dit is dan geheel

86 Art. 7:685 lid 1 BW. De rechter dient hierbij een actieve rol aan te nemen: ook wanneer de partijen zelf hierover zwijgen, moet hij actief onderzoeken of een van de opzegverboden van toepassing is.

87 *Kamerstukken I* 1997/98, 25 263, nr. 132d, p. 15.

88 Heerma van Voss bijvoorbeeld stelt bij zijn bespreking van het rapport van de WRR ‘Investeren in werkzekerheid’, baanzekerheid helemaal gelijk met ontslagvergoedingen, zie G. Heerma van Voss, ‘Alternatieven voor ontslagvergoedingen’, in E. Verhulp e.a. (red.) *De ontslagvergoeding in beweging*, Den Haag: Sdu 2008, p. 101.

89 Zie bijv. de *Hoofddlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW*, bijlage bij brief van 18 juni 2012 van de minister van SZW, nr. AV/AR/2012/9069. In deze notitie over de aanpassing van het ontslagrecht speelt de hoogte van de ontslagvergoeding een zeer belangrijke – zo niet leidende – rol in het ontwerp van het nieuwe ontslagrecht.

90 Bijv. E. Verhulp, ‘Ontslagvergoeding in beweging?’ in E. Verhulp e.a. (red.) *De ontslagvergoeding in beweging*, Den Haag: Sdu 2008, p. 13.

vrijwillig. Het UVW heeft in ieder geval geen bevoegdheid om een financiële voorziening aan de werknemer toe te kennen. De werknemer kan wel achteraf een schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag vorderen.⁹¹ Bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan de kantonrechter *wel* meteen aan de werknemer een vergoeding naar billijkheid toekennen.⁹² Hoewel ontslagen in de praktijk vaak vergezeld worden door een vergoeding, zijn ze dus niet vanzelfsprekend. De Hoge Raad heeft zich hierover duidelijk uitgesproken: het einde van de arbeidsovereenkomst *an sich* geeft een werknemer geen recht op een financiële voorziening.⁹³ Dat is slechts het geval als de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven.

De manier waarop de rechter in de ontbindingsprocedure beoordeelt of de werknemer recht heeft op een vergoeding en hoe hoog die vergoeding moet zijn verschilt aanzienlijk van de manier waarop de rechter in de kennelijk-onredelijk-procedure dit doet.⁹⁴ Ook bij de ontbinding is een ontslagvergoeding echter geen vanzelfsprekendheid. De wet bepaalt enkel dat de kantonrechter een vergoeding kan toekennen, indien dit hem met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt. De kantonrechters hebben het echter nodig geacht enige uniformiteit en voorspelbaarheid in de praktijk van de ontbinding aan te brengen. De Kring van Kantonrechters heeft in 1996 aanbevelingen geformuleerd voor een landelijke 'kantonrechtersformule'. De formule is in 2008 door de Kring inhoudelijk aangepast. De kern van de formule is nochtans het aantal *gewogen* dienstjaren (factor A) dat vermenigvuldigd wordt met de maandelijkse beloning (factor B). De uitkomst wordt vervolgens vermenigvuldigd met een correctiefactor (factor C).⁹⁵ In de praktijk blijkt de correctiefactor in de meeste gevallen op 1 te worden gezet, wat als een 'neutrale' ontbinding wordt aangemerkt.⁹⁶ Omdat C in veel gevallen op 1 wordt gezet, kan gesteld worden dat de vergoeding bijna de norm is bij ontbinding. Dit getal kan echter wegens omstandigheden naar boven dan wel naar beneden worden gesteld, wat geregeld ook gebeurt.⁹⁷

Naast de factor C, die een belangrijke factor is, omdat de rechter hiermee de gedragingen van de partijen kan verdisconteren, speelt ook de factor A (naar leeftijd gewogen anciënniteit) een belangrijke rol. De anciënniteit is dus ook bij de ontbinding een belangrijk element: hoe langer de arbeidsovereenkomst heeft geduurd hoe hoger de ontslagvergoeding zal zijn. De Kring van de Kantonrechters heeft met de factor A

91 Art. 7:681 lid 1 BW.

92 Art. 7:685 lid 8 BW.

93 Vlg. A.R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen. Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?', *Ars Aequi* 2010, p. 577.

94 Volgens velen is dit verschil in benadering niet terecht, zie bijv. Duk, *TRA* 2010/5, p. 12-17.

95 Kort is dit: A (naar leeftijd gewogen anciënniteit) x B (beloning) x C (correctiefactor).

96 Dat wil zeggen een ontbinding waarbij het ontslag in de risicosfeer van de werkgever ligt, maar noch aan de werkgeverskant noch aan de werknemerskant sprake is van bijzondere omstandigheden ten opzichte van gebruikelijke gevallen. Zie Duk, *TRA* 2010/5, p. 13.

97 De factor C kan ook op 0 worden gesteld, wat betekent dat de werknemer geen ontslagvergoeding krijgt.

willen uitdrukken dat ‘trouwe dienst’ wordt beloond.⁹⁸ Ook de leeftijd is hier een belangrijk element; hoe ouder de werknemer hoe zwaarder zijn dienstjaren wegen. Op deze manier houden de kantonrechters rekening met de arbeidsmarktpositie van de werknemer. Met het ouder worden verslechtert de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt. De factor A is niet onomstreden. Volgens veel commentatoren belemmert dit de mobiliteit op de arbeidsmarkt.⁹⁹ Het zorgt ervoor dat de werknemer niet vrijwillig van baan wisselt, omdat hij dan de ontslagvergoeding misloopt. Het zorgt er dus voor dat de werknemer ‘blijft zitten waar hij zit’.

De kritiek op hoogte van de ontslagvergoeding in het algemeen en de invloed van de leeftijd en de dienstjaren op de hoogte van de ontslagvergoeding in het bijzonder had kennelijk ook de Kring van de Kantonrechters bereikt. In 2008 hebben zij vooral aan deze factor gesleuteld. In de onderstaande tabel zijn de verandering weergegeven.

Leeftijdscategorie	oude weegfactor	nieuwe weegfactor
tot 35 jaar	1	0,5
35-40 jaar	1	1
40-45 jaar	1,5	1
45-50 jaar	1,5	1,5
50-55 jaar	2	1,5
55 jaar en ouder	2	2

De wijziging heeft tot gevolg dat hoe jonger de werknemer hoe lager de vergoeding ten opzichte van de oude formule wordt. Als reden hiervoor voert de Kring aan dat de arbeidsmarktpositie van jongeren (werknemers tot 35 jaar) sinds 1997 sterk is verbeterd; een assumptie die niet door empirische gegevens ondersteund werd.¹⁰⁰ Sinds het uitbreken van de financiële crisis kan men hierbij nog grotere vraagtekens plaatsen. Daarnaast wilde de Kring zeker ook ‘tot een algehele verlaging van het vergoedingenniveau voor lange, bij relatief jonge leeftijd aangevangen dienstverbanden’ komen, waarvoor in het geheel geen redenen worden gegeven.¹⁰¹ In die algehele verlaging is de Kring van kantonrechters geslaagd: de formule is zo gewijzigd dat over de volle breedte standaard een lagere ontslagvergoeding zal voortvloeien dan voor die tijd het geval was.

98 Zie de toelichting bij Aanbeveling 3.2, Aanbevelingen voor de procedures ex art. 7:685 BW, zoals vastgesteld in de plenaire vergadering van de Kring van Kantonrechters d.d. 8 november 1996, zoals laatstelijk gewijzigd op 30 oktober 2008.

99 R. Knecht en F.H. Tros, ‘A-factor en arbeidsmarkt: pretenties en consequenties van de nieuwe kantonrechtersformule’ TRA 2009/95.

100 Ibid.

101 Toelichting bij Aanbeveling 3.2 van de Kring van de Kantonrechters, p. 4. Te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

Toch is de vergoeding bij ontbinding over het algemeen nog steeds hoger dan de vergoeding die een werknemer krijgt bij kennelijk onredelijk ontslag.¹⁰² Zoals eerder uitgelegd, is de kennelijk-onredelijk-procedure in tegenstelling tot de ontbindings-procedure een 'gewone' procedure waarin de regels van het bewijsrecht wel gelden, waarin de hoogte van de vergoeding wordt vastgesteld aan de hand van de feiten en na afweging van alle omstandigheden van het geval en waarbij de gewone regels omtrent begroting van schadevergoeding van toepassing zijn.¹⁰³ De Hoge Raad heeft uitdrukkelijk geen algemene formule willen geven voor de vaststelling van deze vormen van schadevergoeding.¹⁰⁴ De schadevergoeding is afhankelijk van enerzijds de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen en anderzijds van de daaruit voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen voor de werknemer.¹⁰⁵ De rechter dient steeds nauwkeurig rekenschap te geven van de concrete omstandigheden en factoren die invloed hebben op de hoogte van de vergoeding, zo oordeelde de Hoge Raad. Als uitgangspunt geldt dus dat de schade zoveel mogelijk en zo concreet mogelijk dient te worden begroot. Is het echter niet mogelijk de omvang van de schade vast te stellen, dan mag zij worden geschat.¹⁰⁶ Bij deze schatting komt de rechter toch wel weer een zekere vrijheid toe de omvang naar billijkheid vast te stellen.¹⁰⁷ Bovendien worden de nadelen voor de werknemer steeds tegen de mogelijkheden van de werkgever afgewogen. Een slechte financiële situatie waarin een bedrijf zich bevindt, kan er bijvoorbeeld steeds voor zorgen dat de schadevergoeding aanmerkelijk wordt verlaagd, ook al is er sprake van kennelijk onredelijk ontslag.¹⁰⁸

Bij economische ontslagen krijgen de werknemers niet zelden een vergoeding mee. De ontslagvergoeding is (inmiddels) een zeer belangrijk onderdeel van de ontslagbescherming, zo belangrijk dat de gehele ontslagbescherming regelmatig gekarakteriseerd wordt als 'financiële bescherming' in plaats van 'bescherming tegen de beëindiging van het dienstverband'.¹⁰⁹ De bescherming van de werknemer bij ontslag zou dus vooral daarin zijn gelegen dat zij financiële waarborgen biedt dan wel dat de geschatte financiële vergoeding dermate hoog is, dat men afziet van het ontslag. Wat dit laatste betreft, moet geconstateerd worden dat er geen empirisch onderzoek beschikbaar is waaruit blijkt in hoeverre (of wanneer precies) de werkgever inderdaad 'afgeschrikt' wordt door de ontslagvergoeding die hij denkt te moeten betalen, dat hij in het geheel van ontslag afziet. Het is zeker niet ondenkbaar dat een dergelijk

102 Zie bijv. P. Kruit en C.J. Loonstra, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2008: het einde van een tijdperk', *ArbeidsRecht* 2009-6/7, p. 7-22.; IVA, *Ontslagzaken via de kantonrechter*, Tilburg: IVA 2009.

103 Houweling 2010, p. 575.

104 HR 27 november 2009, *JAR* 2009, 305 (Van de Grijp/Stam); HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 72 (Rutten/Breed). Het enkele feit dat geen vergoeding is aangeboden maakt het ontslag niet kennelijk onredelijk.

105 HR 27 november 2009, *JAR* 2009, 305 (Van de Grijp/Stam), r.o. 4.3.

106 HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 72 (Rutten/Breed).

107 G.J.J. Heerma van Voss, J.J.M. de Laat, S.F. Sagel en E. Verhulp, 'Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010', *TRA* 2010/5, p. 22.

108 Zie als een van de vele voorbeelden Ktr. Utrecht 24 februari 2010, *JAR* 2010, 81.

109 Zie bijv. J.P.H. Zwemmer, 'De ontslagvergoeding en de corrigerende werking van arbeidsmarktperspectieven' *ArbeidsRecht* 2007/47.

effect bestaat. In hoeverre het effect ook echt tot baan zekerheid leidt, is dus zeer moeilijk te zeggen. Zeker is wel dat door dit (indirecte) effect van de ontslagvergoeding eerder baan zekerheid dan werk zekerheid gediend wordt. Wat echter de ontslagvergoeding *zelf* betreft, kan gezegd worden dat daarmee in principe noch baan zekerheid noch werk zekerheid gediend is. Het is een schadeloosstelling. Men is de baan dan al kwijt, maar de vergoeding zelf kan wel gebruikt worden voor bijvoorbeeld scholing of een andere activiteit waarmee werk zekerheid vergroot zou kunnen worden. Hierbij dient wel de belangrijke opmerking te worden gemaakt dat een ontslagvergoeding geen vanzelfsprekendheid is.

4.3.3.2 De transitievergoeding

Het Sociaal Akkoord van 2013 en het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid geven op verschillende onderdelen blijk van de wens om werk zekerheid verder gestalte te geven. Een van die onderdelen betreft de 'transitievergoeding'. Deze forfaitaire vergoeding komt in principe iedere werknemer toe bij het einde van het dienstverband op initiatief van de werkgever indien de arbeidsovereenkomst twee jaar of langer heeft geduurd.¹¹⁰ De ontslagvergoeding wordt dus meer een vanzelfsprekendheid. Ook bij tijdelijke contracten die samen twee jaar of langer duren ontstaat recht op een transitievergoeding wanneer het contract 'na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever niet aansluitend is voortgezet'.¹¹¹ De transitievergoeding is maximaal 75.000 euro 'of een jaarsalaris als dat hoger is'. De hoogte van de transitievergoeding bedraagt een derde maandsalaris per dienstjaar bij een dienstverband tot tien jaar en een half maandsalaris per dienstjaar voor ieder jaar dat het dienstverband langer heeft geduurd dan tien jaar. Inspanningen van de werkgever met betrekking tot employability dan wel van-werk-naar-werk-arrangementen 'in individueel dan wel collectief verband' kunnen in mindering worden gebracht op de transitievergoeding.¹¹² Er kan ook nog plaats zijn voor een (billijke) ontslagvergoeding, maar deze vormt slechts een correctie (naar boven of naar beneden) van de transitievergoeding indien het ontslag 'ernstig verwijtbaar is aan een van beide partijen'.¹¹³

Indien het wetsvoorstel wet wordt, zal het een belangrijke breuk met het huidige stelsel inhouden en op sommige punten duidelijkheid scheppen.¹¹⁴ Nu heeft een werknemer na afloop van een tijdelijk contract geen recht op een vergoeding. Straks wordt in alle gevallen waarbij de arbeidsovereenkomst langer dan twee jaar heeft geduurd en waarin sprake is van een 'onvrijwillig einde van het dienstverband' de

110 Op grond van lid 7 van het nieuwe art. 7:673 BW is de transitievergoeding niet verschuldigd bij minderjarigen met 'kleine baantjes' van ten hoogste twaalf uur per week, bij werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt en indien het einde van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

111 Zie het eerste lid van het nieuwe art. 7:673 BW, wetsvoorstel 33 818, nr. 2.

112 Art. 7:673b BW (wetsvoorstel 33 818) voorziet in de mogelijkheid om bij cao van de wettelijke regeling voor de transitievergoeding af te wijken. Zie hierover hoofdstuk 5.

113 StvdA 2013, p. 29.

114 Zie ook B. Barentsen, 'Ontslagvergoeding in het nieuwe ontslagrecht', *TRA* 2013/23, p. 8.

transitievergoeding in principe standaard uitgekeerd.¹¹⁵ Ook de hoogte ervan wordt meer voorspelbaar. De transitievergoeding is echter aanzienlijk lager dan de huidige ontbindingsvergoeding.¹¹⁶ Ook de leeftijd als factor van invloed op de hoogte van de ontslagvergoeding komt bij de transitievergoeding niet terug, waardoor dus vooral voor de oudere werknemer de vergoeding in de toekomst aanzienlijk lager zal zijn.¹¹⁷ De term transitievergoeding impliceert voorts een grotere gerichtheid op werkzekerheid dan nu het geval is. De vergoeding zou de transitie naar nieuw werk moeten vergemakkelijken. Ook het Regeerakkoord VVD-PvdA van 2012 werkte met de term transitiebudget wat een 'vergoeding voor scholing' zou moeten zijn of ten bate van van-werk-naar-werk trajecten zou moeten komen.¹¹⁸ Uit het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid blijkt echter niet dat de werknemer op enigerlei wijze gehouden is om de transitievergoeding te besteden aan employability bevorderende maatregelen; de werknemer kan met andere woorden de vergoeding vrij besteden.

Anders dan bij het Regeerakkoord is de transitievergoeding uit het Sociaal Akkoord en het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid de 'basisvergoeding' bij ontslag. Een additionele ontslagvergoeding kan alleen een correctie vormen op de transitievergoeding. De transitievergoeding moet de huidige vergoeding bij ontbinding of bij kennelijk onredelijk ontslag vervangen. Een additionele, hogere ontslagvergoeding is alleen mogelijk indien de werkgever 'ernstig verwijtbaar' heeft gehandeld. De redelijkheidstoets van het ontslag zal daarmee alleen nog betrekking kunnen hebben op de reden voor en de uitvoering van het ontslag. Er is geen ruimte meer voor de rechter om te kijken naar de gevolgen van het ontslag voor de individuele werknemer, omdat dit volgens de wetgever reeds verdisconteerd is in de transitievergoeding.¹¹⁹ In het geval dat de werkgever een geldige reden voor ontslag heeft en hij voert de procedure zorgvuldig uit, terwijl de gevolgen van het ontslag voor de werknemer ernstig zijn, omdat hij bijvoorbeeld ouder of gedeeltelijk arbeidsongeschikt is en een eenzijdig arbeidsverleden heeft, dan zal geen sprake zijn van 'ernstige verwijtbaarheid' aan de kant van de werkgever. De forfaitaire transitievergoeding biedt geen

115 Zie echter art. 7:673c lid 2 BW (wetsvoorstel 33 818). Bij faillissement of surseance van betaling is geen transitievergoeding verschuldigd. Kruit merkt echter terecht op dat ook indien sprake is van zeer slechte bedrijfseconomische omstandigheden toch een transitievergoeding betaald moet worden, zie P. Kruit, 'De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar fortifair, of toch weer billijkheid?', *TAP* 2014, nr. 1, p. 54.

116 Zie ook P. Kruit, 'De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar fortifair, of toch weer billijkheid?', *TAP* 2014/8, p. 53-54. De vraag waarom de vergoeding aanzienlijk lager zou moeten zijn wordt in het Sociaal Akkoord geheel in het midden gelaten. Ook uit de MvT bij het Wetsvoorstel moet worden afgeleid dat men een lagere ontslagvergoeding als doel heeft (er staat nl. dat beoogd is te hoge ontslagvergoedingen te voorkomen), *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 24.

117 NB Er komt een overgangsregeling voor 50-plussers, die zal gelden tot 2020. Ook hier zal de vergoeding echter lager zijn dan wat nu op grond van de kantonrechtersformule geldt.

118 Het recht op dit budget zou ook bestaan wanneer de werkgever een tijdelijke arbeidsovereenkomst die minstens een jaar heeft geduurd niet verlengt, Regeerakkoord VVD-PvdA, *Bruggen slaan*, oktober 2012, p. 33.

119 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 34. Met de termen 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten' heeft de wetgever slechts een 'muizengaatje' willen creëren. Zie ook het advies van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 4, p. 12 e.v.

ruimte voor het verdisconteren van eventuele verwijtbaarheid.¹²⁰ Indien de werkgever dus nooit acht heeft geslagen op de werkzekerheid van de werknemer, dan zal hij daar bij het ontslag geen gevolgen van ondervinden, terwijl het wel mogelijk wordt om de wel gemaakte investeringen in de inzetbaarheid van de werknemer op de transitievergoeding in mindering te brengen.¹²¹ De werkgever die wel in werkzekerheid investeert, wordt met andere woorden 'beloond', terwijl de werkgever die niet in werkzekerheid investeert, niet wordt 'gestraft'.

De vergoeding bij ontslag – welke naam ze ook draagt – zal daarnaast in veel mindere mate of in het geheel niet afgestemd kunnen worden op de *werkelijke* gevolgen van het ontslag voor de individuele werknemer. Dat komt werkzekerheid niet ten goede. Hoewel een 'gestandaardiseerde' vergoeding zeker voordelen heeft, daar zij voorspelbaar is en dus meer rechtszekerheid biedt, is zij uit het oogpunt van rechtvaardigheid nadelig(er), omdat onvoldoende recht wordt gedaan aan de belangen van de betrokken werknemer.¹²² Ook kan betoogd worden dat met de algehele verlaging van de vergoeding de baan zekerheid afneemt, omdat het hierboven beschreven (indirecte) effect, namelijk dat de werkgever vanwege de hoogte van de vergoeding die hij moet betalen besluit niet tot ontslag over te gaan, kleiner wordt. Met het omzetten van de ontslagvergoeding in de transitievergoeding an sich wordt voor de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in principe noch de baan zekerheid noch de werkzekerheid vergroot. Eerder kan dus betoogd worden dat de baan zekerheid kleiner wordt. De hierboven beschreven ontslagbescherming als *financiële bescherming* wordt bij contracten voor onbepaalde tijd in elk geval verlaagd.¹²³ Met het besluit de transitievergoeding ook bij het einde van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die ten minste twee jaar heeft geduurd uit te keren, wordt de financiële bescherming wel als het ware gelijkmatiger over de werknemers verdeeld. *Vrijwillige* mobiliteit op de arbeidsmarkt wordt echter (nog steeds) niet bevorderd, daar de transitievergoeding alleen verschuldigd is wanneer het ontslag of het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst vanuit de werkgever wordt geïnitieerd. Indien de werknemer zelf opzegt, ontvangt hij geen transitievergoeding. In het huidige voorstel loont het nog steeds 'om te blijven zitten'.¹²⁴ Wanneer

120 P. Kruit, 'De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar fortifair, of toch weer billijkheid?', *TAP* 2014/8, p. 52.

121 Zie art. 7:673 lid 6 BW (wetsvoorstel 33 818). Bij AMvB zal bepaald moeten worden welke voorwaarden hierbij gelden.

122 Vlg. stelling 7 bij G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, diss. Leiden, Den Haag: SDU Uitgevers 2005.

123 Onduidelijk blijft welke effecten de introductie van het volledige hoger beroep en cassatie zal hebben. Men zou namelijk ook goed kunnen betogen dat de ontslagprocedure daardoor kostbaarder wordt. Dit zou er dan toe kunnen leiden dat werkgevers geneigd zijn bij vaststellingsovereenkomst een hogere vergoeding overeen te komen in ruil voor de zekerheid dat niet jarenlang geprocedeerd wordt. De stelling dat het nieuwe ontslagrecht tot een algehele verlaging van de ontslagvergoeding leidt, zou daardoor genuanceerd kunnen worden. Zie bijv. P. Kruit, 'De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar fortifair, of toch weer billijkheid?', *TAP* 2014/8, p. 57.

124 C.J. Loonstra en P.Th. Sick, 'Het Wetsvoorstel werk en zekerheid (33 818) in vogelvlucht: dekt de vlag de lading?', *TAP* 2014/1; P. Kruit, 'De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar fortifair, of toch weer billijkheid?', *TAP* 2014/8, p. 56.

‘mobiliteitsbevorderend ontslagrecht’ het doel is van het wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid, zoals in de Memorie van Toelichting is opgenomen, dan zou de transitievergoeding ook moeten toekomen aan de werknemers die niet wachten totdat ze met werkloosheid worden bedreigd en op eigen initiatief transities maken op de arbeidsmarkt.

4.4 Het meewegen van (investerings in) werkzekerheid bij ontslag

Sociale partners bepleiten in het Sociaal Akkoord dat in het BW opgenomen wordt dat de werkgever als goed werkgever verplicht is om in de werknemer te investeren en voorzieningen te treffen ‘voor toekomstige (vrijwillige of gedwongen) mobiliteit naar buiten’. Daarnaast zou in de wet moeten staan dat een goede werknemer ook investeert in eigen employability.¹²⁵ In het wetsvoorstel is ‘slechts’ opgenomen dat de werkgever verplicht is de werknemer in staat te stellen ‘scholing te volgen die noodzakelijk is voor de uitoefening van zijn functie en, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden verlangd, voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst indien de functie van de werknemer komt te vervallen of hij niet langer in staat is deze te vervullen’.¹²⁶ Als de transitievergoeding wordt geïntroduceerd als vervanging voor de ontslagvergoeding, zal het ook mogelijk worden gemaakt om de kosten die de werkgever heeft gemaakt in het kader van het ontslag ten behoeve van de inzetbaarheid of mobiliteit van de werknemer in mindering te brengen op de transitievergoeding.¹²⁷ Met deze en andere veranderingen die het Sociaal Akkoord van 2013 brengt, wordt werkzekerheid – en in elk geval scholing, inzetbaarheid en mobiliteit als onderdelen van werkzekerheid – in het arbeidsrecht een ‘officiële plaats’ gegeven.

De noodzaak van het (doorlopend) investeren in werkzekerheid tijdens het dienstverband wordt echter al een langere tijd onderkend. Ook in de rechtspraak kunnen we zien dat van de werknemer en de werkgever wordt verwacht op dit vlak inspanningen te leveren. De vraag is nu op welke manier en in hoeverre deze inspanningen *nu* meegewogen worden bij de toetsing van ontslagen. De mate waarin de werkgever geïnvesteerd heeft in de inzetbaarheid van de werknemer of de mate waarin dezelfde werkgever getracht heeft de voor ontslag in aanmerking komende werknemer aan een andere baan te helpen, kunnen bijvoorbeeld een rol spelen bij de vraag of het ontslag (kennelijk) onredelijk is of bij het bepalen van de hoogte van de ontslagvergoeding. De vraag is tevens of uit de rechtspraak algemene verplichtingen voor de werkgever en de werknemer afgeleid kunnen worden.

Het is duidelijk dat van de drie mogelijke ontslagprocedures de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure de meeste ruimte biedt om de mate van werkzekerheid en de rol die de werkgever heeft gespeeld in het vergroten van die werkzekerheid in de beoordeling van het ontslag te betrekken. Om te beoordelen of het ontslag kennelijk

¹²⁵ StvdA 2013, p. 29.

¹²⁶ Art. 7:611a BW (wetsvoorstel 33 818).

¹²⁷ Zie art. 7:673 lid 6 BW (wetsvoorstel 33 818). Bij AMvB zal bepaald moeten worden welke voorwaarden hierbij gelden.

onredelijk is, moet de rechter immers letten op *alle* (aangevoerde) omstandigheden van het geval tezamen en in onderling verband.¹²⁸ Uit de wet volgt expliciet dat daarbij moet worden gekeken naar 'de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden'.¹²⁹ Dat de werkgever verplicht is bij ontslag voorzieningen voor de werknemer te treffen kan echter niet direct uit de wettekst afgeleid worden.

Op grond van het goed werkgeverschap kan die verplichting onder omstandigheden echter weldegelijk bestaan. Hoewel bedrijfseconomische omstandigheden in beginsel een redelijke grond voor ontslag vormen, kan van een goed werkgever worden verlangd om daarbij rekening te houden met de belangen van de betrokken werknemers.¹³⁰ De rechter zal de bedrijfseconomische omstandigheden die aanleiding tot ontslag geven *doorgaans* voor risico van de werkgever laten komen in het geval dat de werknemer altijd naar behoren heeft gefunctioneerd, hoewel daarmee niet meteen een recht op schadevergoeding ontstaat. In de literatuur wordt in dit opzicht dan ook gesproken van een 'postcontractuele zorgplicht'.¹³¹ Die postcontractuele zorgplicht kan inhouden dat bij het einde van de arbeidsovereenkomst de werkgever de verplichting heeft de werknemer te helpen ander werk te vinden. Indien hij dat niet heeft gedaan, ontstaat een grond voor schadevergoeding.

Er zijn inderdaad aanwijzingen dat de rechters ontslag wegens economische omstandigheden – wanneer de werknemer dus in principe niets te verwijten valt – kennelijk onredelijk zullen achten wanneer de werkgever geen enkele voorziening heeft getroffen om de negatieve gevolgen van het ontslag voor de werknemers te verzachten, vooral wanneer het een oudere werknemer betreft met een eenzijdige werkervaring.¹³² Heeft de werkgever echter *wel* voorzieningen getroffen of aangeboden, zoals een suppletie op de WW-uitkering of een outplacementtraject, dan kan dat ertoe leiden dat de rechter oordeelt dat de werkgever zich als goed werkgever heeft gedragen bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en dat het ontslag daarom niet (kennelijk) onredelijk is.¹³³ Een ontslagvergoeding hoeft zeker niet één van de getroffen voorzieningen te zijn. Het gaat erom dat de werkgever voorzieningen heeft getroffen om de nadelen van het ontslag voor de werknemer te verzachten, nu de bedrijfseconomische omstandigheden die tot het ontslag hebben geleid voor zijn rekening komen. De nadelen van het ontslag zullen in de meeste gevallen het beste verzacht worden wanneer de werknemer snel een andere passende baan vindt. De voorzieningen die de werkgever treft kunnen hierop gericht zijn. Welke voorzieningen getroffen moeten worden en hoe ver de inspanning van de werkgever moet

128 HR 27 februari 1998, JAR 1998, 111, ook later in de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed.

129 Art. 7:681 lid 2 sub b BW.

130 Zie in het kader van alternatieven voor ontslag uitgebreid G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 158-193. Zie ook recent Ktr. 's-Hertogenbosch 1 juli 2010, JAR 2010/223.

131 Zie bijv. G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, diss. Leiden, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 171.

132 Zie bijv. Ktr. Eindhoven 24 november 2011, LJN: BU6143, AR 2011-0988; Ktr. Maastricht 11 april 2007, 233643 CV EXPL 2717/06; Hof Leeuwarden 13 december 2011, LJN: BU8212, AR 2011-1037.

133 Zie bijv. Ktr. 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, LJN: BW5397.

strekken hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder met name de mogelijkheden van de werkgever, maar ook de behoeften van de werknemer op dit vlak. Bij kleine werkgevers bijvoorbeeld kan het voldoende zijn dat ze bij andere werkgevers in de buurt navraag hebben gedaan over mogelijke vacatures.¹³⁴ Enkel een vrijstelling van werkzaamheden gedurende enkele maanden om een nieuwe baan te kunnen zoeken wordt niet geacht een adequate voorziening te zijn die toegesneden is op de gevolgen van de opzegging.¹³⁵ Dit kan echter onder andere omstandigheden wel voldoende zijn. Wat betreft de behoeften van de werknemer, geldt in het algemeen dat de voorzieningen afgestemd moeten worden op de individuele arbeidsmarktperspectieven van de betreffende werknemer. Dit betekent dat bij het ontslag van een werknemer met slechte arbeidsmarktperspectieven, bijvoorbeeld door een hoge leeftijd, een eenzijdige werkervaring of (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid, de inspanningen van de werkgever verder moeten strekken dan bij het ontslag van een werknemer die goede arbeidsmarktperspectieven heeft. *Alle* omstandigheden van het geval zullen betrokken moeten worden bij de vraag of en in hoeverre de werkgever zich moet inspannen om de werknemer aan een andere baan te helpen. De mogelijkheden van de werknemer om ander passend werk te vinden, zijn hierbij dus niet doorslaggevend. Rechters kijken onder andere ook naar de (financiële) mogelijkheden van de werkgever in dit verband. Zoals eerder opgemerkt zal de rechter van een kleine werkgever doorgaans minder inspanningen verwachten dan van een grote werkgever.

De rechters benaderen en wegen de belangen en de mogelijkheden van de werkgever en van de werknemer echter niet altijd op dezelfde manier tegen elkaar. Dit betekent toch dat vergelijkbare situaties tot verschillende uitkomsten kunnen leiden. Daarom kan ook niet gezegd worden dat het treffen van voorzieningen bij ontslag om de nadelen ervan voor de werknemer te beperken in *alle* gevallen zullen worden aangemerkt. Wanneer de werkgever in het geheel nalaat voorzieningen te treffen wil dus niet zeggen dat hierdoor het ontslag *altijd* als (kennelijk) onredelijk zal worden aangemerkt. Dat blijkt bijvoorbeeld uit een zaak bij het Hof Arnhem in 2012.¹³⁶ De omstandigheden waren als volgt. Een werknemerster van 55 jaar oud werkte gedurende ruim 18 jaar als naaister bij een kleine onderneming. Vanwege de slechte financiële situatie waarin de onderneming verkeerde, kwam zij aanvankelijk met haar werkgever overeen de arbeidsduur te verkorten, hetgeen de werkgever had voorgesteld. Nadat de arbeidsduur van de betreffende naaister was gehalveerd besluit zij daarnaast als zzp-er te werken om het verlies aan inkomen te compenseren. Wanneer haar arbeidsovereenkomst na een aantal maanden toch wordt opgezegd, start ze een kennelijk-onredelijk-ontslag-procedure. Het hof erkent dat de werknemerster een eenzijdige werkervaring heeft en de werkloosheid in de regio hoog is, maar aangezien ze als zzp-er is gaan werken, oordeelt het hof dat 'niet kan worden geoordeeld dat er

134 Hof Leeuwarden 8 mei 2012, LJN: BW5230.

135 Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2013, LJN: BY9452; Hof 's-Hertogenbosch 31 juli 2012, LJN: BX3508.

136 Hof Arnhem 2 oktober 2012, JAR 2012/288.

voor haar geen enkele mogelijkheid bestond om ander passend werk te vinden, zoals in artikel 7:681 lid 2 aanhef en onder b BW is bepaald'. Het hof laat de moeilijke financiële situatie van de werkgever hierbij zwaar wegen. Die omstandigheid billijkt volgens het hof het feit dat de werkgever geen outplacementtraject, bij- of herscholing of een ontslagvergunning heeft aangeboden. Ook het feit dat de werkgever tijdens het dienstverband van de werkneemster nooit budget voor scholing of opleiding beschikbaar heeft gesteld, kan hem evenmin worden verweten. Educatie van werknemers is voor kleine werkgevers (relatief) kostbaar, aldus het hof. Bovendien, zo merkt het hof op, wordt het gebrek aan scholing 'gecompenseerd door de kennis en ervaring, die de werkneemster gedurende haar ruim 18 jaar durende dienstverband bij de werkgever heeft opgedaan'. Een vergelijkbare situatie kan echter leiden tot een andere uitkomst: de rechter acht het ontslag wel kennelijk onredelijk vanwege de hoge leeftijd van de werknemer, het feit dat werknemer had meegewerkt aan verlaging van arbeidsduur en het feit dat de werkgever onvoldoende inspanningen heeft verricht om de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt te vergroten en hem te begeleiden naar ander werk.¹³⁷ Toch lijken de rechters bij kleine werkgevers niet zo veel inspanningen op het gebied van werkzekerheid te verwachten, ook wanneer het oudere werknemers met een lang dienstverband betreft. Immers, weer in een min of meer vergelijkbare zaak¹³⁸ geeft het Hof Den Bosch in vrij algemene bewoordingen aan dat financieel nadeel, de hoge leeftijd van de werknemer, de eenzijdige werkervaring en slechte kansen op de arbeidsmarkt geen bijzondere omstandigheden zijn die de conclusie rechtvaardigen dat het verleende ontslag als kennelijk onredelijk moet worden aangemerkt. 'Deze omstandigheden, die voor heel veel beëindigde arbeidsverhoudingen opgaan, zijn in hun algemeenheid als zodanig dan ook ontoereikend om de nadelige gevolgen van de beëindiging van de arbeidsrelatie reeds geheel of ten dele voor rekening van de werkgever te doen komen', aldus het Hof.¹³⁹ Het Hof merkt ook op dat van een klein bedrijf 'weinig van bemiddeling verwacht mag worden'.

Hoe is het beeld wanneer we kijken naar de specifieke mogelijke voorzieningen in dit verband? Het *scholen* van werknemers om hun inzetbaarheid op peil te houden is een van de meest voorkomende verplichtingen van goed werkgeverschap die de rechters in dit kader noemen.¹⁴⁰ Indien de werkgever zijn personeel heeft geschoold, dan kan hij daar 'profijt' van hebben wanneer hij later onverhoopt zijn werknemers moet ontslaan. Het feit dat de werknemer (regelmatig) op kosten van de werkgever scholing heeft gevolgd kan er bijvoorbeeld toe bijdragen dat het ontslag niet als kennelijk onredelijk wordt aangemerkt. Heeft de werkgever bijvoorbeeld tijdens het dienstverband scholing aangeboden en heeft de werknemer geweigerd op dit aanbod in te gaan, dan wordt het feit dat hij een eenzijdige werkervaring heeft hem

137 Ktr. Arnhem 13 januari 2012, LJN: BV2098.

138 Werknemer is 56 jaar oud en heeft 20 jaar bij een kleine onderneming gewerkt.

139 Hof Den Bosch 14 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2540, r.o. 4.4.3.

140 G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, reeks VvA nr. 29, Deventer: Kluwer 1999, p. 145-148. Zie recent o.a. Ktr. Utrecht 24 februari 2010, JAR 2010/81.

(gedeeltelijk) aangerekend.¹⁴¹ De assumptie is immers dat de werknemer door (bij) scholing sneller een andere passende baan kan vinden. Rechters zullen dan ook in principe aannemen dat het op de weg van de werkgever ligt om als goed werkgever te zorgen voor regelmatige bijscholing van zijn werknemers, ook in het geval dat de werknemer zelf nooit om scholing heeft verzocht.¹⁴² Ook hier kan men echter niet over één lijn in de rechtspraak spreken. Werkgevers worden niet *altijd* gehouden hun werknemers te scholen.¹⁴³ Het in de wet opnemen van deze verplichting zal mijns inziens dan ook bijdragen aan meer duidelijkheid en rechtszekerheid hieromtrent.

Het komt regelmatig voor dat de rechter oordeelt dat het bij goed werkgeverschap hoort om de boventallige werknemer te helpen een transitie te maken naar ander werk. Het is echter ook hier de vraag of dit een algemene verplichting is, één die in principe altijd geldt. De Hoge Raad heeft – net als over scholing – hierover geen algemene uitspraak gedaan. Duidelijk is wel dat indien in de cao of het sociaal plan is opgenomen dat de werkgever verplicht is de boventallige werknemers naar ander werk te begeleiden, de rechter deze verplichting doorgaans serieus zal nemen.¹⁴⁴ Duidelijk is ook – en dit heeft de Hoge Raad wel uitdrukkelijk geoordeeld – dat indien de werkgever aan de werknemer een andere passende functie elders binnen het concern heeft aangeboden, deze omstandigheid zeker moet worden meegewogen bij de toetsing van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag.¹⁴⁵ Wanneer de werknemer ander aangeboden werk weigert, is dat ook van belang. Ook wanneer de werkgever aanbiedt bij het zoeken naar een andere baan een bemiddelingsbureau in te schakelen en de werknemer gaat op dit aanbod niet in, dan kan dat ertoe leiden dat om die reden het ontslag niet als kennelijk onredelijk wordt aangemerkt.¹⁴⁶ Alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen, wat maakt dat dit niet van doorslaggevend belang zal zijn, maar de rechter moet het in zijn oordeel wel meenemen, zo oordeelt de Hoge Raad. Indien de werkgever geen poging heeft gedaan voor de werknemer ander werk te vinden of hem op eniger wijze te helpen in zijn zoektocht naar ander werk, dan zijn de rechters wel geneigd dit als een omstandigheid aan te merken waardoor sprake is van kennelijk onredelijk ontslag.¹⁴⁷ Het zoeken naar een andere baan bij ontslag kan dus zeker bij het goed werkgeverschap horen. Is interne herplaatsing niet mogelijk, dan dient vaak externe herplaatsing onderzocht te worden.¹⁴⁸

In de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure neemt de rechter bij elk individueel geval alle (aangevoerde) omstandigheden van dat geval in aanmerking en hij probeert de schade door de werknemer bij ontslag geleden zo nauwkeurig mogelijk vast te

141 Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2013, LJN: BY9452.

142 Hof 's-Hertogenbosch 6 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY2751.

143 Zie bijv. Hof Arnhem 2 oktober 2012, JAR 2012/288.

144 Zie bijv. Ktr. Groningen 20 juni 2007, JAR 2007, 187.

145 HR 3 september 2010, JAR 2010/250.

146 Dit was het geval bij Ktr. Enschede 27 januari 2009, JAR 2009, 64.

147 Hof 's-Hertogenbosch 31 juli 2012, LJN: BX3508.

148 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 6 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY2751.

stellen. Dit is een groot verschil met de ontbindingsprocedure waar de rechter over het algemeen¹⁴⁹ slechts een aantal factoren in aanmerking neemt en aan deze factoren steeds hetzelfde gewicht en gevolgen verbindt.¹⁵⁰ Zo kan in de kantonrechtersformule de assumptie worden gelezen dat het ontslag ingrijpender is naarmate men langer in dienst is, ouder is, en een hoger salaris te verliezen heeft.¹⁵¹ De toe te kennen ontslagvergoeding wordt in de kantonrechtersformule in hoge mate geabstraheerd van de werkelijke door de werknemer te lijden schade.¹⁵² Dit standaardiseren van de gevallen heeft als voordeel dat er meer rechtszekerheid omtrent ontslag ontstaat en dat de rechterlijke macht wordt ontlast.¹⁵³ Een nadeel is dat veel minder ruimte is voor het wegen van de persoonlijke omstandigheden en kenmerken van de werknemer en de werkgever, zoals in de kennelijk-onredelijk-ontslag procedure. Ook kan deze manier van het begroten van de schade eerder tot disproportionele vergoedingen leiden. Hogere leeftijd, grotere anciënniteit en een hoger salaris leidt tot een hogere ontslagvergoeding, terwijl de persoon in kwestie misschien weinig schade van het ontslag heeft geleden, omdat hij of zij snel een andere baan kon vinden. De gestandaardiseerde ontslagvergoeding bij ontbinding sluit daarmee niet goed aan bij de werkelijke schade bij ontslag,¹⁵⁴ tenzij de kantonrechter (bij de factor C) de concrete omstandigheden van het geval in aanmerking neemt.

De ontbindingsprocedure biedt dus minder ruimte voor het meewegen van werkzekerheid. Ook gelden de regels van het bewijsrecht hier niet. Er zijn echter wel degelijk voorbeelden van zaken waarin de kantonrechters zeer kritisch zijn ten opzichte van zowel de reden voor het ontslag als de voorzieningen die getroffen zijn.¹⁵⁵ Een voorbeeld waar voorzieningen op het gebied van (interne) inzetbaarheid een grote rol speelden is de zaak bij de kantonrechter Utrecht waarin de werkgever (KPN) stelt dat de werknemer in kwestie zich onvoldoende heeft ontwikkeld met betrekking tot de nieuwe technieken om na de reorganisatie in aanmerking te komen voor een nieuwe functie.¹⁵⁶ De verminderde inzetbaarheid verwijt KPN de werknemer vanwege zijn niet-proactieve houding. De werknemer zou onvoldoende 'ontwikkelaar' zijn. De rechter oordeelde dat de KPN eerst moet aantonen – bijvoorbeeld middels verslagen van functionerings- of beoordelingsgesprekken – dat hij de werknemer op het belang van een proactieve houding heeft gewezen. Ook had KPN zijn

149 De rechters zijn niet verplicht de kantonrechtersformule te volgen, maar de meeste doen dit wel.

150 Bij de C-factor is wel ruimte om concrete omstandigheden van het geval mee te wegen, maar hier speelt meestal enkel de verwijtbaarheid van de werkgever en de werknemer een rol.

151 W.L. Roozendaal, 'Gezichtspunten bij ontslag: verwijtbaarheid, proportionaliteit en continuïteit', *ArA* 2009/3, p. 39.

152 G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, diss. Leiden, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 169. Ook Roozendaal stelt vast dat er geen sprake is van een daadwerkelijke belangenafweging, maar slechts van een abstracte, W.L. Roozendaal, 'Gezichtspunten bij ontslag: verwijtbaarheid, proportionaliteit en continuïteit', *ArA* 2009/3, p. 39.

153 Vlg. R.A.A. Duk, 'Kennelijk onredelijk: radeloos, redeloos en reddeloos?', *SMA* 2008, nr. 5, p. 207.

154 Zie bijv. W.H.A.C.M. Bouwens, *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 40; S.S.M. Peters, 'Het A en C van de nieuwe kantonrechtersformule', *NJB* 2009/182, p. 240-241.

155 Zie bijv. Ktr. Utrecht 11 oktober 2010, *JAR* 2010/286.

156 Ktr. Amersfoort 8 augustus 2008, 578814 AE VERZ 08-314 PK.

assumptie over de inzetbaarheid van de werknemer moeten testen, bijvoorbeeld middels een assesment. KPN kon zijn stellingen onvoldoende onderbouwen, wat de kantonrechter ertoe leidde het ontbindingsverzoek af te wijzen. Ook zijn er voorbeelden van uitspraken waar de kantonrechter in de ontbindingsprocedure tot een hogere vergoeding komt dan (op grond van het sociaal plan) aangeboden is, onder andere vanwege het feit dat de werkgever te weinig heeft gezocht naar mogelijkheden om (intern) ander passend werk te vinden voor de werknemer.¹⁵⁷ De voorzieningen die de werkgever al dan niet heeft getroffen om voor de werknemer ander passend werk te vinden, worden doorgaans bij de C-factor 'verrekend'.¹⁵⁸ Deze al dan niet getroffen voorzieningen leiden redelijk vaak tot een hogere of juist een lagere C-factor dan de standaard 1, maar de rechters motiveren niet uitvoerig hoe ze *dan* de hoogte van C-factor bepalen.¹⁵⁹

4.5 Flexibele arbeidsrelaties en baan- en werkzekerheid

Hiervoor is gekeken naar de systematiek van het ontslagrecht waaruit is geprobeerd af te leiden in hoeverre gesproken kan worden van een gerichtheid op baan- dan wel werkzekerheid. Daarbij is in beginsel steeds de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als uitgangspunt genomen. Deze arbeidsovereenkomst is de 'standaard-overeenkomst' in het arbeidsrecht, in die zin dat hiervoor de meeste wettelijke regels gelden en dat deze overeenkomst in de literatuur het meest wordt besproken. Ook het Hof van Justitie van de EU heeft herhaaldelijk geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de normale arbeidsverhouding is (of beter: hoort te zijn) en de overeenkomst voor bepaalde tijd een uitzondering.¹⁶⁰ De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd biedt echter de meeste arbeidsrechtelijke bescherming. Het gebruik van andere arbeidsovereenkomsten neemt steeds meer toe.¹⁶¹ Onderzoek (afgerond in 2013) laat ook zien dat mensen tegenwoordig langer in deze 'flexibele schil' verblijven dan in het verleden.¹⁶² Deze – voor de rechtsleer toch atypische – arbeidsovereenkomsten bieden de werkgever meer flexibiliteit, maar de werknemer minder bescherming.¹⁶³ Ze bieden de werkgever dezelfde voordelen, maar leggen minder verplichtingen op. De aard van deze 'atypische' arbeidsovereenkomst is namelijk niet anders: het werkgeversgezag vormt een essentieel onderdeel van die overeenkomsten. Aangezien deze flexibele arbeidsovereenkomsten dus zeer aantrekkelijk kunnen zijn voor werkgevers, maar voor de werknemers over het algemeen minder gunstig zijn, is het gebruik ervan rechtens aan banden gelegd. De vraag die in

157 Zie bijv. Ktr. Groningen 20 juni 2007, JAR 2007/187; Ktr. Utrecht 3 januari 2012, JAR 2012/47.

158 Zie bijv. Ktr. Groningen 20 juni 2007, JAR 2007/187.

159 Waarom C bijvoorbeeld op 0,5 wordt gesteld en niet 0,7 of een andere grootte.

160 Zie bijv. HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04 (Mangold/Helm), r.o. 64.

161 Zie bijv. onderzoek uitgevoerd in opdracht van het ministerie van SZW, A. Heyma en S. van der Werff, 'De sociaaleconomische situatie van langdurig flexibele werknemers', Amsterdam: SEO 2013.

162 Ibid. De kans op een verblijf in de flexibele schil van langer dan drie jaar is tussen 2006 en 2010 verdrievoudigd.

163 Zie ook S. Klosse, 'Flexibel werken: van disbalans naar evenwicht', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 2013 vol. 29, nr. 2, p. 119.

dit gedeelte centraal staat, is in hoeverre bij de regulering van flexibele contracten gesproken kan worden van een gerichtheid op baan- dan wel werkzekerheid.¹⁶⁴

Flexibele arbeidsovereenkomsten, zoals de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en de uitzendovereenkomst, zijn in principe de basis voor een korte of tijdelijke arbeidsverhouding, terwijl een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd meestal verband houdt met een langdurige arbeidsverhouding. Doorgaans zullen deze types contracten in de arbeidsorganisatie ook op die manier benaderd worden. De werknemers die werken op basis van een contract voor onbepaalde tijd worden vaak aangeduid als de permanente werknemers, werknemers behorend tot de kern van de organisatie. Daarbuiten bevindt zich de eerder genoemde 'flexibele schil', de kortdurende arbeidsrelaties. De juridische basis (het type contract) waarop gewerkt wordt, hoeft echter niet altijd overeen te komen met de werkelijke duur van de arbeidsrelatie.¹⁶⁵ Een arbeidsrelatie op basis van elkaar opvolgende contracten voor bepaalde tijd kan in werkelijkheid lange tijd duren, terwijl een arbeidsrelatie op basis van een contract voor onbepaalde tijd in theorie van korte(re) duur kan zijn, aangezien de werkgever de arbeidsovereenkomst toch te allen tijde kan laten ontbinden.

De Nederlandse wet verlangt bovendien niet dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd alleen gesloten worden in een bepaald aantal specifieke situaties, zoals wanneer sprake is van tijdelijk werk.

4.5.1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

De belangrijkste flexibele arbeidsovereenkomst is de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt in beginsel van rechtswege wanneer de tijd waarvoor zij is aangegaan is verstreken (artikel 7:667, eerste lid, BW).¹⁶⁶ Dit is een groot verschil met de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Hier is dus om te beginnen geen geldige reden voor beëindiging vereist. Het verstrijken van de vooraf bepaalde tijd maakt dat de overeenkomst eindigt. Het van rechtswege eindigen van een contract voor bepaalde tijd telt in de juridische systematiek niet eens als ontslag, terwijl het effect hetzelfde is als bij ontslag: de arbeidsrelatie eindigt te bestaan. De werkgever hoeft niet te motiveren waarom hij de arbeidsrelatie niet wil voortzetten. Dit maakt het toetsen van dit soort 'ontslagen' bijna niet mogelijk.¹⁶⁷

164 Naast de hier genoemde flexibele arbeidsrelaties komen in de praktijk ook 'arbeidsrelaties' voor die niet de arbeidsovereenkomst als basis hebben. Een voorbeeld vormen de freelancers ofwel zzp'ers. Voor hen geldt het arbeidsovereenkomstenrecht in principe niet; zij werken op basis van een overeenkomst van opdracht. Deze vormen van flexibele relaties zullen verder niet behandeld worden.

165 Vlg. M.R. Freedland, *The Personal Employment Contract*. Oxford: University Press, 2003, p. 315.

166 Partijen kunnen overeenkomen dat ondanks het verstrijken van de termijn opzegging moet plaatsvinden; ook in de toepasselijke cao kan dit bepaald zijn, art. 667 lid 2 sub a BW.

167 G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, diss. Leiden, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 153.

De Nederlandse wet vereist niet dat de werkgever een geldige (objectieve) reden heeft voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De wet stelt wel beperkingen aan het aantal keren dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd *achter elkaar* kan worden gesloten. Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die elkaar direct dan wel binnen drie maanden opvolgen kunnen in principe hooguit twee keer verlengd worden. Bovendien geldt dat de drie opeenvolgende overeenkomsten tezamen in totaal niet meer dan drie jaar mogen duren.¹⁶⁸ Wanneer een vierde overeenkomst wordt aangegaan of wanneer de termijn van drie jaar wordt overschreden, dan wordt de laatste overeenkomst beschouwd als een overeenkomst voor onbepaalde tijd.¹⁶⁹ Hetzelfde geldt wanneer in de loop van zo'n reeks de werknemer bij een andere werkgever is gaan werken, maar wanneer materieel sprake is van dezelfde dienstbetrekking.¹⁷⁰ Afwijken van deze zogenoemde ketenregeling is alleen bij cao of bij regeling van een daartoe bevoegd bestuursorgaan mogelijk.¹⁷¹

Deze regels omtrent het gebruik van opeenvolgende contracten voor bepaalde tijd zijn uitvloeisels van de Europese Richtlijn inzake overeenkomsten voor bepaalde tijd.¹⁷² Daar wordt de doelstelling van deze beschermende regels beschreven als gericht te zijn tegen *misbruik* van overeenkomsten voor bepaalde tijd. De Richtlijn legt niet uit wat zij onder misbruik verstaat, maar verder redenerend op de daar gestelde regels die misbruik moeten tegengaan, kan gezegd worden dat er sprake is van misbruik wanneer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar onbeperkt opvolgen, de arbeidsrelatie dus maar blijft duren, terwijl er geen sprake is van werk van tijdelijke aard. De arbeidsrelatie komt dan niet overeen met het type contract, aangezien voor een lange arbeidsrelatie de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de aangewezen overeenkomst is.¹⁷³ Wanneer een werkgever echter een persoon (steeds opnieuw) laat werken op basis van een overeenkomst voor bepaalde tijd terwijl het werk dat die persoon verricht niet tijdelijk maar structureel van aard is en de arbeidsrelatie dus ook niet tijdelijk, maar structureel is, dan kan gezegd worden dat de werkgever misbruik maakt van de mogelijkheid die de wet hem geeft om contracten voor bepaalde tijd te sluiten. De wet wil de werknemer beschermen tegen dit soort misbruik door het gebruik van tijdelijke contracten te beperken. De werknemer weet immers niet of zijn tijdelijke overeenkomst verlengd zal worden, hij weet niet of zijn dienstverband gecontinueerd zal worden.¹⁷⁴ Dit in tegenstelling tot de

168 Het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid (33 818) wijzigt de ketenregeling. Een keten van drie opeenvolgende contracten kan worden gesloten die samen, inclusief de periode tussen de contracten, maximaal twee in plaats van drie jaar kunnen omvatten. Opeenvolgende contracten die binnen zes maanden worden gesloten, tellen in de keten mee.

169 Art. 7:668a lid 1 BW.

170 Art. 7:668a lid 2 BW.

171 Art. 7:668a lid 5 BW. Zie hierover uitgebreider de volgende twee hoofdstukken.

172 Richtlijn 1999/70/EG, *PbEG* L 1999, 175. Met deze Richtlijn is uitvoering gegeven aan een raamovereenkomst van de Europese sociale partners over dat onderwerp.

173 Zoals het Hof van Justitie EU dus herhaaldelijk met de interpretatie van de Richtlijn te kennen heeft gegeven, zie bijv. HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04 (Mangold/Helm), r.o. 64.

174 Het is al lang bekend dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vaak als een verkapte proeftijd wordt gebruikt, zie I.A.C. van Haren, 'Flexibiliteit in het aanstellings- en ontslagrecht', in *Frenkel-bundel* 1986, p. 90.

werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Deze werknemer kan er in principe van uitgaan dat zijn dienstverband voort zal duren, tenzij het beëindigd wordt. De werknemer met een contract voor bepaalde tijd verkeert in een omgekeerde situatie: hij weet dat zijn dienstverband (na het verstrijken van een vooraf afgesproken tijd) in principe zal eindigen, tenzij het verlengd wordt. Hij verkeert kortom in onzekerheid omtrent de continuïteit van zijn dienstverband.¹⁷⁵ Hij kan niet zoals de werknemer met een contract voor onbepaalde tijd ervan uitgaan dat zijn arbeidsrelatie blijft voortduren (tenzij zijn werkgever een redelijke grond voor beëindiging heeft) en hij kan er niet van uitgaan dat de werkgever ook zijn belangen in acht zal nemen bij het beëindigen van de arbeidsrelatie.¹⁷⁶ De werknemer mist met andere woorden baanzekerheid zolang hij geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft, maar hij mist ook de zekerheid dat zijn belangen meegewogen worden bij het 'door de werkgever geïnitieerde' einde van de arbeidsovereenkomst.

In het verleden was het zo dat een contract voor bepaalde tijd meer baanzekerheid bood dan een contract voor onbepaalde tijd.¹⁷⁷ Nu is het nog steeds zo dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen tussentijds opgezegd kan worden als dat recht voor beide partijen schriftelijk is overeengekomen (artikel 7:667, derde lid, BW). Wanneer een dergelijk beding niet in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, kunnen de partijen wel de kantonrechter verzoeken om het contract te ontbinden.¹⁷⁸ Tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft de werknemer dus nog wel een hoge mate van baanzekerheid. Hij weet in principe ook wanneer zijn overeenkomst eindigt en kan daaromtrent maatregelen nemen. Hij kan voor het verstrijken van de tijd met de werkgever spreken over de mogelijkheden om de arbeidsovereenkomst te verlengen en hij kan voordat zijn arbeidsovereenkomst eindigt al ander werk zoeken. Of zijn arbeidsmarktperspectieven nu goed zijn of slecht, hij hoeft daarbij echter niet te rekenen op enige hulp van zijn werkgever, zoals een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in principe wel zou kunnen. De werkgever hoeft geen inspanning te plegen om hem te helpen een andere baan te vinden door bijvoorbeeld bij te dragen in zijn scholing, noch hoeft hij de schade van het ontslag financieel te compenseren.

De wet beschermt de werknemer in dit geval primair door het opeenvolgend gebruik van het contracten voor bepaalde tijd aan banden te leggen. Indien de werkgever de arbeidsovereenkomst blijft 'verlengen' heeft de werknemer dus op een gegeven moment recht op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De werkgever hoeft de arbeidsovereenkomst echter niet te (blijven) verlengen. Terecht merkt Veldman op dat door de wet niet wordt voorkomen dat, 'daar waar de aard van het werk of de sector het mogelijk maakt dat tijdelijke contracten de hoofdregel zijn

175 Vlg. Van der Grinten, p. 291.

176 Zie ook L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, diss. UvA, Deventer: Kluwer, 1983, p. 147.

177 Ibid.

178 Beëindigen met wederzijds goedvinden blijft natuurlijk mogelijk.

omdat personeel gemakkelijk inwisselbaar is (horeca, call centers, enzovoort), werknemers in die sector toch min of meer structureel op tijdelijke contracten kunnen zijn aangewezen, zij het niet voor dezelfde werkgever'.¹⁷⁹ Wetgeving gericht op het tegengaan van misbruik van tijdelijke contracten verandert hier niets aan, omdat die alleen geldt wanneer de werknemer bij één werkgever blijft. Er zijn inderdaad sectoren waar tijdelijke contracten na drie keer niet meer worden verlengd, terwijl nog voor de afloop daarvan wordt geworven voor een nieuw personeelslid op tijdelijke basis voor dezelfde functie.¹⁸⁰

4.5.2 Uitzendarbeid

Een ander voorbeeld van flexibele arbeidsrelaties is de uitzendovereenkomst. Een uitzendkracht heeft in beginsel een arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau (dit is de werkgever), ook al werkt hij feitelijk 'onder toezicht en leiding' bij de inlener.¹⁸¹ Deze vorm van 'driehoeksrelatie' waarbij toch sprake is van een arbeidsovereenkomst kan ook van toepassing zijn op gedetacheerden of payroll-werknemers. Hoewel de uitzendkracht wel op basis van een arbeidsovereenkomst werkt, wil dat niet zeggen dat hij dezelfde rechtspositie heeft als een 'normale' werknemer. Het uitzendbureau kan bijvoorbeeld veel meer tijdelijke overeenkomsten achter elkaar aanbieden. De wet regelt dat bij uitzendkrachten de besproken ketenregeling pas van toepassing wordt nadat de uitzendkracht meer dan 26 weken arbeid heeft verricht (artikel 7:691, eerste lid, BW). In de arbeidsovereenkomst met de uitzendkracht kan een beding worden opgenomen dat de arbeidsovereenkomst in die eerste 26 weken van rechtswege eindigt zodra de inlener de uitzendkracht niet meer nodig heeft. Dit is het zogenoemde uitzendbeding. Bovendien kunnen cao-partijen van deze regel ten nadele van de werknemer afwijken. Van deze mogelijkheid wordt gebruik gemaakt door cao-partijen; in de grootste uitzend-cao is die termijn verlengd naar 78 weken.¹⁸² In het eerste anderhalf jaar – en soms langer – is de uitzendkracht dus wat betreft de continuïteit van zijn dienstverband volkomen afhankelijk van de derde, de inlener, die met de uitzendkracht geen contractuele band heeft. Wanneer de uitzendkracht in dienst komt bij de inlener blijken in de praktijk zijn voorafgaande uitzendovereenkomsten in het kader van opvolgend werkgeverschap op basis van de cao vaak als één overeenkomst in de keten mee te tellen.¹⁸³ Daarnaast is de uitzendsector een sector waar in beginsel de hele ketenbepaling redelijk makkelijk kan worden ontweken door aan het einde van de keten steeds een andere uitzendkracht in dienst te nemen.

179 A.G. Veldman, 'Europese bescherming in geval van tijdelijk dienstverband: barrière voor een flexibele arbeidsmarkt?' SMA 2007, p. 92.

180 De kantonrechter in Rotterdam oordeelde in een dergelijk geval dat het de werkgever vrij staat om vanwege fluctuerende bedrijfsresultaten te kiezen voor een beleid waarbij veelal gewerkt wordt op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Ktr. Rotterdam 3 augustus 2006, LJN AY5983, zaaknr. 698514.

181 Art. 7:690 BW.

182 Zie art. 13 ABU-cao 2012-2017. In de NBBU-cao is deze termijn zelfs naar 130 weken verlengd, zie art. 13 NBBU-cao 2009-2013. Het Sociaal Akkoord 2013 wil dit begrenzen tot maximaal 78 weken.

183 Zie voor eigen cao-onderzoek in hoofdstuk 6. Zie ook C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014, p. 327-330.

Baanzekerheid is bij uitzendkrachten, maar ook bij bijvoorbeeld payroll-werknemers,¹⁸⁴ dus minimaal. Niet alleen gelden de regels van het ontslagrecht voor uitzendwerknemers niet, maar ook de 'gewone regels voor tijdelijke contracten' worden buiten toepassing verklaard.

4.5.3 Meer zekerheid bij flexibele contracten?

Men zou verwachten dat waar de flexibele werknemers duidelijk de baanzekerheid missen zij wellicht gecompenseerd worden door (meer) investeringen in hun werkzekerheid. Zij hebben immers een grotere kans op beëindiging van hun dienstverband en zij zullen dus – waarschijnlijk meer dan werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd – mobiel moeten zijn op de arbeidsmarkt. Momenteel is het tegendeel echter waar.¹⁸⁵ Als het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid echter wet wordt krijgen de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die ten minste twee jaar heeft geduurd ook recht op de transitievergoeding. De *financiële* bescherming die het ontslagrecht biedt, zal dan ook voor bepaalde tijd-contracten gelden. De transitievergoeding kan inderdaad (bijvoorbeeld voor scholing) gebruikt worden om de transitie naar een andere baan te bevorderen. Werknemers met overeenkomsten voor bepaalde tijd blijven echter verstoken van de andere eventuele voorzieningen in het kader van van-baan-naar-baan-transities die de werkgever treft of beschikbaar stelt. Dit terwijl het UWV van werkgevers (waarschijnlijk) blijft verlangen om bij ontslagen om bedrijfseconomische redenen de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet te verlengen.¹⁸⁶ Toch betekent het Sociaal Akkoord 2013 voor deze groep een verbetering ten opzichte van de huidige situatie. Ook de ketenregeling wordt aangepast. De periode waarin de contracten als 'opeenvolgend' worden gezien – en dus in de keten meetellend –, wordt verlengd van drie naar zes maanden. Ook kunnen opeenvolgende contracten voor bepaalde tijd maximaal twee jaar duren, in plaats van drie. Daarnaast worden grenzen gesteld aan de bevoegdheid van cao-partijen om van deze ketenregeling in de cao af te wijken. Dit zal ertoe leiden dat werknemers met een contract voor bepaalde tijd eerder duidelijkheid krijgen: of de arbeidsrelatie wordt beëindigd of hun contract wordt omgezet in een contract voor onbepaalde tijd. Met name in combinatie met de aanzegtermijn zoals door het Wetsvoorstel geïntroduceerd, zorgen de nieuwe regels rondom tijdelijke contracten ervoor dat de werknemer eerder duidelijkheid heeft omtrent de eventuele voortzetting van zijn contract.¹⁸⁷ Het gevaar is echter zeer reëel dat de aangepaste ketenregeling tot gevolg heeft dat de meeste werkgevers voor de eerste optie kiezen: ze beëindigen de arbeidsrelatie en zoeken een nieuwe werknemer die wil werken op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Het is om die reden niet

184 Zie bijv. Zwemmer die spreekt van 'vrijwel volledige uitholling van de ontslagbescherming' in zijn noot bij Ktr. Sneek 19 januari 2011, JAR 2011/81.

185 Zie ook C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014, p. 351.

186 Beleidsregels Ontslagtaak UWV, hoofdstuk 10 (Afspiegelingsbeginsel).

187 Uit art. 7:668 lid 1 sub a (nieuw) BW volgt dat uiterlijk een maand voordat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt, de werkgever de werknemer schriftelijk moet informeren over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst.

verwonderlijk dat velen hierin geen verbetering zien.¹⁸⁸ De Raad van State wijst erop dat niet is uitgesloten dat de positie van flexwerkers hierdoor slechter wordt.¹⁸⁹

In het Sociaal Akkoord van 2013 benadrukken de sociale partners dat flexibele arbeidscontracten 'nuttig' zijn, maar zij erkennen tegelijk dat sprake is van 'doorgesloten flexibiliteit'.¹⁹⁰ Men zou kunnen zeggen dat (ook) de positie van de uitzendkracht door het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid enigszins zal verbeteren. Ook de uitzendkracht krijgt recht op de transitievergoeding bij het einde van de arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau als die arbeidsovereenkomst ten minste twee jaar heeft geduurd en de uitzendkracht niet zelf het initiatief tot beëindiging heeft genomen. Ook de mogelijkheid van cao-partijen om bij cao de duur van het uitzendbeding te verlengen wordt begrensd op 78 weken.¹⁹¹ Dit is een marginale verbetering, gezien het feit dat de algemeen verbindend verklaarde (ABU-) cao ook de termijn van 78 weken kent. Op dit punt zal er dus weinig verandering komen.

Zoals in hoofdstuk 2 kort is uitgelegd, worden bij werknemers met flexibele arbeidsovereenkomsten de potentiële belemmeringen langzaam weggenomen die (oud-) werkgevers kunnen opwerpen bij de van-baan-naar-baan transities. Door het in 2012 (terecht) weer ingevoerde belemmeringsverbod in artikel 9a van de Waadi kunnen uitzendondernemingen niet meer met inleners overeenkomen dat zij de uitzendkrachten niet in dienst mogen nemen. Zij mogen ook met uitzendkrachten niet overeenkomen dat ze niet bij inlener in dienst mogen treden. Ook zal het Sociaal Akkoord van 2013 tot gevolg hebben dat een concurrentiebeding alleen mag worden opgenomen in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Bij bepaalde tijdsovereenkomsten wordt een concurrentiebeding alleen toegelaten indien uit de motivering blijkt dat een dergelijk beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Een studiekostenbeding dat de werknemer ook aanzienlijk kan belemmeren vrijwillig een overstap te maken naar een andere werkgever of dat zelfs een obstakel kan vormen voor de werknemer om scholing te volgen, blijft echter wettelijk mogelijk.

4.6 Conclusies

Dat het ontslagrecht en baan zekerheid met elkaar verbonden zijn, leidt geen twijfel. Het vereiste van een geldige reden voor ontslag en het preventief toetsen van de ontslagen leiden tot het uitgangspunt dat zolang er geen geldige reden voor ontslag is en zolang de juiste procedures voor ontslag niet zijn gevolgd, de werknemer zijn baan behoudt. Alleen het ontslag op staande voet is hier een uitzondering op. Al enige tijd wordt gezegd dat van het Nederlandse wettelijke ontslagstelsel een relatief grote ontslagbelemmerende werking uitgaat.¹⁹² Het is waarschijnlijk inderdaad zo dat ten

188 Zie bijv. Grapperhaus F.B.J., 'De toren van Babel en het in het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid beoogde nieuwe ontslagstelsel', *TRA* 2014/22.

189 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33818, nr. 4, p. 2.

190 *StvdA* 2013, p. 20.

191 Maatregel 52, bijlage 1 bij *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 566, nr. 15.

192 A.M. Luttmer-Kat, *Ontslagbescherming van werknemers*, Deventer: Kluwer 1985, p. 117.

gevolge van de preventieve ontslagtoets sommige ontslagen worden voorkomen, niet alleen omdat de toestemming voor opzegging niet is verleend of het ontbindingsverzoek is afgewezen, maar ook doordat de werkgever niet eens een poging onderneemt tot beëindiging te komen, omdat hij denkt dat zijn ontslagaanvraag of ontbindingsverzoek zal worden geweigerd of omdat hij denkt dat het ontslag (zeer) kostbaar zal zijn.¹⁹³ Dat een dergelijke werking van het ontslagrecht uitgaat, is mogelijk. Daarom kan gezegd worden dat het individuele arbeidsrecht zeker (mede) gericht is op baanzekerheid. Deze baanzekerheid is echter – en zeker juridisch gezien – niet absoluut, maar relatief. Heeft de werkgever wel een geldige reden en volgt hij de voorgeschreven procedures dan kan het ontslag in principe doorgang vinden. Het belang van de werkgever om zijn organisatie naar eigen inzicht in te richten en het personeelsbestand aan de veranderde omstandigheden aan te passen weegt zwaar. Het belang bij baanzekerheid van werknemers kan echter ook zwaar wegen. Dat belang kan in specifieke omstandigheden zo zwaar wegen dat er bijvoorbeeld een ontslagverbod geldt of dat de ontslagvergunning door het UWV geweigerd wordt. Bij economische ontslagen komt dan echter een andere werknemer wel voor ontslag in aanmerking. De belangen van werknemers worden dus soms ook tegen elkaar afgewogen waardoor hun baanzekerheid ook in dat opzicht wordt gerelativeerd.

Baanzekerheid is nog in een ander belangrijk opzicht relatief te noemen. Zij is vooral voorbehouden aan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Werknemers die werken op basis van een flexibele arbeidsovereenkomst hebben in veel mindere mate baanzekerheid. Bij sommige flexibele arbeidsrelaties kan nauwelijks gesproken worden van baanzekerheid. Hun gebrek aan baanzekerheid wordt ook niet gecompenseerd door (meer) (investerings in) werkzekerheid. Dit is een belangrijke relativisering op de stelling dat het arbeidsrecht gericht is op baanzekerheid. Aan het begin van de arbeidsrelatie wordt de werkgever een grote mate van vrijheid gegeven om overeenkomsten te kiezen die veel minder of nauwelijks baanzekerheid bieden. Een mate van baanzekerheid ontstaat bij meeste werknemers pas na verloop van tijd en *indien* de werkgever de arbeidsrelatie wenst te continueren. Het is dus in grote mate van de werkgever afhankelijk of (een mate van) baanzekerheid ontstaat.

Een belangrijk onderdeel van de *huidige* Nederlandse ontslagbescherming is, naast het vereiste van een geldige reden voor en het zorgvuldig uitvoeren van het ontslag, het vereiste dat er een bepaalde evenredigheid moet bestaan tussen het belang dat de werkgever heeft bij het ontslag en de gevolgen ervan voor de werknemer. Ontslag kan ook onredelijk zijn, omdat de werkgever bij zijn besluit de werknemer te ontslaan geen of in onvoldoende mate rekening heeft gehouden met de financiële of anderszins gevolgen ervan voor de werknemer. Economische ontslagen liggen immers in de risicosfeer van de werkgever. Afhankelijk van de omstandigheden zal de werkgever binnen zijn eigen mogelijkheden inspanningen moeten verrichten om de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te verzachten. Die inspanningen kunnen uit een

193 Vlg. G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, diss. Leiden, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 155.

financiële compensatie bestaan, maar dat hoeft niet. De werkgever kan zich ook inspannen om voor de werknemer een andere baan te vinden, bijvoorbeeld door hem (bij) te scholen. In de meeste gevallen geldt dat hoe slechter de arbeidsmarktpositie van de werknemer is – bijvoorbeeld door zijn leeftijd of eenzijdige werkervaring – hoe meer inspanningen van de werkgever worden gevraagd. Door dit vereiste dat er een zekere evenredigheid bestaat tussen het belang van de werkgever bij ontslag en de gevolgen ervan voor de werknemer komt ook werkzekerheid in beeld in het ontslagrecht en kunnen de investeringen in werkzekerheid meegewogen worden bij de beoordeling van de redelijkheid van het ontslag. Dit is met name het geval in de kennelijk-onredelijk-ontslag procedure. Betoogd kan dus worden dat het ontslagrecht zoals het nu is, niet uitsluitend gericht is op baanzekerheid, maar eerder op een combinatie van baan- en werkzekerheid. Baanzekerheid wordt 'geboden' zolang de werkgever geen redelijke grond heeft voor de beëindiging van de arbeidsrelatie. Heeft hij die wel en is hij bereid zorgvuldig te handelen ten aanzien van de procedure en ten aanzien van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, dan wordt de focus verlegt naar werkzekerheid.

Het is thans echter niet duidelijk hoe ver de verplichtingen van de werkgever in dit kader (kunnen) strekken en welk gewicht aan de investeringen in werkzekerheid wordt gegeven ten opzichte van de overige omstandigheden van het betreffende geval. In vergelijkbare gevallen kan de uitslag van de ontslagprocedure anders zijn. Het Sociaal Akkoord van 2013 en het daarop gebaseerde Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid zullen daar verandering in brengen door de (transitie)vergoeding in alle gevallen op basis van eenzelfde formule te berekenen. Deze ten opzichte van de kantonrechtersformule voor de werknemers nadeligere formule zorgt wel voor meer rechtszekerheid, maar biedt geen ruimte voor *individuele aanpak*. In dat opzicht is niet te verwachten dat deze wijzigingen een grotere werkzekerheid met zich zullen brengen.

De juridische ruimte voor cao-onderhandelingen over baan- en werkzekerheid

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het juridische kader verkend waarbinnen cao-partijen baan- dan wel werkzekerheidsafspraken kunnen maken. Onderzocht wordt welke juridische ruimte cao-partijen hebben bij het maken van die afspraken. Al een langere tijd wordt er immers een beroep gedaan op cao-partijen om werkzekerheid vorm te geven en soms ook expliciet om over te gaan 'naar een situatie waarin niet baan-zekerheid maar werkzekerheid wordt nagestreefd'.¹ De vraag is in hoeverre het (cao-) recht hen daartoe in staat stelt. Worden de cao-partijen door het (cao-)recht voldoende 'gefaciliteerd' om baan- en met name werkzekerheidsafspraken te maken? Wellicht worden ze ook ten behoeve van het ene meer gefaciliteerd dan ten behoeve van het andere.

De wet definieert de cao als een *overeenkomst* tussen werkgevers of werkgeversorganisaties aan de ene kant en werknemersorganisaties aan de andere, waarbij voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden worden geregeld, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen.² Uitgangspunt in het Nederlandse overeenkomstenrecht is dat overeenkomsten in principe vrij worden gelaten. Contractpartijen genieten *contractsvrijheid*; zo ook cao-partijen. Die contractsvrijheid is echter niet onbegrensd. Net als alle contracterende partijen mogen cao-partijen in de eerste plaats geen overeenkomsten aangaan die strijdig zijn met de wet; van oudsher dienen zij ook rekening te houden met de 'goede zeden en openbare orde'.³ Daarnaast hebben de Nederlandse sociale partners in toenemende mate te maken met de invloeden van het Europese recht. Er kunnen dus allerlei 'grenzen' worden onderscheiden die tezamen een complex juridisch kader vormen waarbinnen de collectieve overeenkomsten gemaakt worden.

¹ WRR, *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam 2007, vol. 77, p. 166.

² Art. 1 lid 1 Wet CAO.

³ Zie de Memorie van Toelichting bij de Wet CAO, 24 december 1927, *Stb.* 1927, 415, p. 3 e.v.: 'De pp. genieten derhalve bij de vaststelling van de inhoud der c.a. groote vrijheid. De vrijheid is uiteraard beperkt door de grenzen der goede zeden en openbare orde, welke het geheele terrein van het overeenkomstenrecht bestrijken.'

Een andere reden voor de kwalificatie van dit juridische kader als complex, is het feit dat de cao vanuit het overeenkomstenrecht gezien juist een *bijzondere* overeenkomst is. De cao is zelfs meer dan een overeenkomst. Cao-bepalingen kunnen algemeen verbindend verklaard worden. Cao-partijen opereren daarmee als een soort materiële wetgevers.⁴ Bij de verkenning van het juridische kader zal dan ook een van de eerste vragen moeten zijn of de contractsvrijheid die cao-partijen genieten bij het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten – wat de *collectieve contractsvrijheid* genoemd kan worden – aan dezelfde grenzen is gebonden als de individuele contractsvrijheid. Als het antwoord ontkennend is, dan betekent dat dat het al complexe juridische kader nog complexer wordt. In dit hoofdstuk staan centraal de (mogelijke) invloeden op de inhoud van de cao van de nationale en Europese juridische normen, die ook als grenzen aan het ‘regelingsbereik’ van de cao gezien kunnen worden.⁵ Nadat eerst uiteengezet is hoe de cao in de wet is gedefinieerd en wat dit betekent voor de inhoud van de cao, wordt dieper ingegaan op de collectieve contractsvrijheid. Daarna worden de belangrijkste grenzen van de contractsvrijheid behandeld in de (juridisch) hiërarchische volgorde van fundamentele rechten, waarbij met name het recht op gelijke behandeling van belang is, het Europese recht en tot slot het Nederlandse recht. Het streven is niet om dit juridische kader steeds gedetailleerd te beschrijven, maar om te onderzoeken welke invloed deze juridische grenzen specifiek *kunnen* hebben op baan- dan wel werkzekerheidsafspraken.

De cao is een bijzondere overeenkomst ook – of mede – vanwege haar zogenoemde algemene werking, welke al in hoofdstuk 3 kort is beschreven. Deze algemene werking is echter niet vanzelfsprekend, zij wordt al enige tijd en steeds in toenemende mate ter discussie gesteld.⁶ De *binding* aan de cao zou wellicht het grootste obstakel of grens van de cao als instrument kunnen worden. Vanwege de complexiteit van het onderwerp wordt de binding in hoofdstuk 7 apart behandeld, nadat eerst in hoofdstuk 6 een verslag is gedaan van de gevonden baan- en werkzekerheidsafspraken in cao’s.

5.2 Wet CAO en Wet AVV: cao als contract en cao als wet

De Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) definieert de cao als een *overeenkomst*, aangegaan door één of meer werkgevers of één of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers en één of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers, waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen.⁷ Het tweede lid bepaalt dat cao’s ook aannemingsovereenkomsten en overeenkomsten van opdracht kunnen betreffen. Wat de inhoud van de cao betreft, lijkt het essentiële kenmerk van de cao gelegen te zijn in de formule: ‘voornamelijk of

4 W.J.P.M. Fase, *De botsing tussen de contracts- en vakverenigingsvrijheid, Enige beschouwingen over het c.a.o.-recht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 19.

5 A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, diss. VU 2004.

6 Zie bijv. A.T.J.M. Jacobs, ‘De houdbaarheid van ons cao-systeem’, *ArbeidsRecht* 2006/45.

7 Art. 1 lid 1 Wet op de CAO, wet van 24 december 1927, *Stb.* 415, laatstelijk gewijzigd bij de Wet van 7 december 2006, *Stb.* 706.

uitsluitend arbeidsvoorwaarden bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen'.⁸ In de cao moeten dus voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden worden geregeld. Het begrip arbeidsvoorwaarde wordt echter zeer ruim uitgelegd.⁹ Al een lange tijd is er overeenstemming over de ruime uitleg van het begrip arbeidsvoorwaarden en – belangrijker – over de mogelijkheid om ook andere onderwerpen dan arbeidsvoorwaarden in de cao te regelen.¹⁰ Men kan denken aan arbeidsmarktafspraken en sollicitatiecodes, maar ook aan milieumaatregelen of bedrijfsinvesteringen.¹¹ De inhoud van cao's is voortdurend in ontwikkeling.¹² De wettelijke definitie van de cao vormt dus geen beperking op de inhoud ervan. Noch de wetgever noch de rechtspraak heeft definitieve grenzen aan de inhoud van de cao willen stellen.¹³

Het bereik van de cao is dus groot; vele afspraken kunnen op grond van de wet en de rechtspraak door sociale partners in de vorm van een cao worden vastgelegd.¹⁴ In dit opzicht kunnen zowel baan- als werkzekerheidsafspraken deel uitmaken van de cao.¹⁵ Ook wanneer we concreter kijken naar de verschillende terreinen van het ondernemingsbeleid waar de baan- of werkzekerheidsafspraken gesitueerd zouden kunnen worden, zoals in hoofdstuk 2 is uiteengezet, namelijk het werkgelegenheidsbeleid, het aanstellings- en wervingsbeleid, het arbeidsorganisatiebeleid en het ontslagbeleid, dan rijzen er vanuit de wettelijke definitie van de cao geen problemen. Weliswaar kunnen niet alle cao-bepalingen op dit vlak als arbeidsvoorwaarden aangemerkt worden – dit is bijvoorbeeld het geval bij bepalingen waarin staat dat de werkgever met de vakbonden regelmatig overleg moet voeren over de ontwikkelingen in de werkgelegenheid – , maar dat is ook niet nodig. De cao-partijen gaan hiermee niet over de grenzen van hun 'onderhandelingsbevoegdheid' of hun 'regelingsbereik'.¹⁶

Dat het recht de cao in de eerste plaats als een contract beschouwt, heeft dus het voordeel dat de cao-partijen een grote mate van contractsvrijheid toekomt. De cao als contract kan echter ook nadelen hebben wanneer we de cao bestuderen als zijnde een instrument om werkzekerheid te ontwikkelen (en de cao tegenover een wettelijke regeling plaatsen). Het eerste nadeel is gelegen in zijn *tijdelijke karakter*. Art 18 van de Wet CAO bepaalt dat een cao niet voor een langere tijd dan vijf jaar kan worden aangegaan. Reguliere cao's worden doorgaans voor een kortere tijd gesloten, meestal

8 E. Verhulp in *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, art. 1 sub 2 (begripsbepaling) Wet CAO.

9 Zie bijv. E. Verhulp in *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, art. 1 Wet CAO, aant. 4; F.B.J. Grapperhaus, Commentaar op artikel 1 Wet CAO, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*.

10 Zie bijv. W.H.J. Reynaerts, 'Het arbeidsrecht en de leer van de arbeidsverhoudingen' in Frenkelbundel, p. 244.

11 Zie bijv. E. Verhulp, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, art. 1 Wet CAO, aant. 4; Jacobs 2005.

12 Fase/Van Drongelen, p. 46-48.

13 E. Verhulp, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, art. 1 Wet CAO, aant. 4.

14 Stege 2004, p. 107.

15 Vlg. Jacobs 2005, p. 97-98.

16 Waar die grenzen precies liggen is niet duidelijk. Er heeft zich tot nu toe geen rechtszaak voorgedaan waarin is vastgesteld dat de cao-partijen collectieve afspraken hadden gemaakt die buiten hun bevoegdheid hadden gelegen. Bepleit kan echter worden dat in principe de *kern* van de cao primair verband moet houden met de arbeid, zoals ook in het Toetsingskader AVV is opgenomen.

voor twee jaar.¹⁷ Hoewel Nederland wel een vrij gestructureerde en consistente collectieve arbeidsvoorwaardenpraktijk kent, komen (langere) 'cao-loze' periodes geregeld voor.¹⁸ Nu is het wel zo dat *nawerking* van normatieve cao-bepalingen algemeen geaccepteerd is.¹⁹ De leer van *nawerking* geldt echter niet voor puur obligatoire en diagonale cao-bepalingen. Wanneer de cao afloopt, vervalt de rechtsbasis van dergelijke afspraken. Dit betekent dat de juridische werking van deze afspraken steeds wordt onderbroken wanneer de cao expireert en geen nieuwe cao is afgesloten. Dit kan een (klein) probleem opleveren.²⁰ Een mogelijke oplossing is om werkzekerheidsbepalingen, zoals 'van-werk-naar-werk-bepalingen', die als horizontale bepalingen te kwalificeren zijn, in aparte cao's op te nemen die voor vijf jaar gelden, zoals vroeger werd gedaan met VUT-regelingen en nog steeds wordt gedaan met sociale fondsen.²¹ De fonds-cao's vormen een aparte categorie cao's.²² Zij worden meestal voor een langere periode algemeen verbindend verklaard. De Wet AVV bepaalt namelijk dat fondsen uit hun aard een meer permanent karakter dragen.²³ Ook de bepalingen over ontslagcommissies die volgens het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid zouden moeten kunnen oordelen over ontslagen, kunnen op grond van hetzelfde Wetsvoorstel voor langere tijd algemeen verbindend worden verklaard.²⁴

Een tweede mogelijk nadeel van de cao als instrument ten opzichte van wetgeving dat voortvloeit uit het feit dat de cao in de eerste plaats een overeenkomst is, kan zich openbaren wanneer het nodig blijkt om bij de totstandkoming en uitvoering van werkzekerheidsafspraken ook andere partijen dan cao-partijen te betrekken. Men kan hierbij denken aan de betrokkenheid van outplacementbureaus, maar onder omstandigheden ook de betrokkenheid van het gemeente- of provinciebestuur.²⁵ De

17 De maximale looptijd van een besluit tot avv bedraagt ook twee jaar, art. 2 lid 2 Wet AVV.

18 Zie ook J.M. van Slooten, 'Het komende driekwartdwingende ontslagrecht', *TRA* 2013/76, p. 9.

19 Fase/Van Drongelen, p. 106 e.v.

20 Zie over de *nawerking* van obligatoire bepalingen ook hieronder 5.7.3.

21 Ook Van Slooten stelt deze oplossing voor, zie J.M. van Slooten, 'Het komende driekwartdwingende ontslagrecht', *TRA* 2013/76, p. 9.

22 E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, diss. Universiteit van Amsterdam 2007, p. 190. Zie ook HR 30 januari 1987, *NJ* 1987/936.

23 Art. 2 lid 2 Wet AVV. Toch bevat het Toetsingskader AVV aanvullende vormvereisten waaraan fonds-cao's moeten voldoen, willen zij algemeen verbinden worden verklaard, zie *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 000 XV, nr. 10. De vereisten richten zich met name op het vergroten van transparantie. Zie Wijziging Toetsingskader avv, *Stc.* 19 juni 2002, nr. 114, p. 11. Het is niet ondenkbaar dat zulke eisen ook ten aanzien van 'transitie-cao's' komen te gelden.

24 Ontslagcommissies als bedoeld in artikel 7:671a, tweede lid, BW. Zie art. XXI van het genoemde Wetsvoorstel.

25 Zie bijv. De Volkskrant van 27 februari 2013, 'Met regio-cao hopt personeel in Eindhoven van werk naar werk'. Niet alleen in Nederland wordt steeds vaker geopperd dat de betrokkenheid van de 'traditionele actoren' alleen (overheid, vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers) niet voldoet om 'echt nieuwe' vormen van maatschappelijke samenwerking en solidariteit tot stand te brengen. Noch zal het 'traditionele proces van besluitvorming' volgens deze schrijvers ertoe leiden dat nieuwe arrangementen worden ontwikkeld die tegemoet komen aan de noden van de moderne burgers. Zie bijv. H. Sarfati, 'Welfare and Labour Market Reforms: A New Framework for Social Dialogue and Collective Bargaining?' *European Journal of Industrial Relations* 2003, vol. 9, nr. 3, p. 276; P. Vielle en J.-M. Bonvin, 'Putting security at the heart of the European social pact – proposals to make flexicurity more balanced', *Transfer* 2008, vol. 14, nr. 3, p. 423-24.

betrokkenheid van deze entiteiten zal echter niet eenvoudig in cao-afspraken vertaald kunnen worden. De afspraken tussen de cao-partijen en deze derde partijen kunnen niet gegoten worden in de vorm van een cao. Cao's kunnen slechts tussen werkgeversorganisaties en werknemersvertegenwoordigers gesloten worden.²⁶ De verplichtingen van bijvoorbeeld een outplacementbureau zal in een andere, wellicht additionele, overeenkomst opgenomen moeten worden.²⁷ Hier zullen 'gewone' contracten gebruikt moeten worden. Dat de cao niet 'opengesteld' is voor andere (maatschappelijke) organisaties is uiteraard te rechtvaardigen door een verwijzing naar haar algemene werking: de cao gaat in principe voor op de individuele overeenkomst. Een dergelijke krachtige juridische werking kan niet 'zomaar' aan elke overeenkomst toegekend worden. De cao heeft die werking wel, omdat zij ongelijkheidscompensatie dient.²⁸ Wanneer meer partijen erbij betrokken raken, kan vanwege de betrokkenheid van andere belangen het ongelijkheidscompenserende karakter verloren gaan. Feit blijft echter dat vanuit pragmatische overwegingen betrokkenheid van andere organisaties dan die van werkgevers en werknemers gewenst kan zijn en dat die samenwerking geen juridisch gestalte kan krijgen in een cao. Hoewel dit in de eerste plaats als een *praktisch* probleem aangemerkt kan worden, toch kan dit weldegelijk het tot stand komen van dit soort afspraken bemoeilijken. Het maakt de totstandkoming in elk geval ingewikkelder.

Zoals reeds is vermeld, kan de minister van SZW op verzoek van de cao-partijen bepalingen uit een bedrijfstak-cao algemeen verbindend verklaren.²⁹ Bij verbindendverklaring verandert de cao van 'gedaante': zij wordt een wet.³⁰ Door de verbindendverklaring gelden de bepalingen van de cao voor alle werkgevers en werknemers binnen het gebied, waarvoor de bedrijfstak-cao is overeengekomen.³¹ 'Buitenstaanders' komen zo onder de werking van de cao. De ruimte ten aanzien van de inhoud die uit de Wet AVV voortvloeit, is echter toch minder ruim dan de ruimte die de Wet CAO geeft. In het Toetsingskader AVV is een opsomming gegeven van cao-bepalingen die algemeen verbindend kunnen worden verklaard.³² Daarin staat dat de minister toetst of de cao-bepalingen primair verband houden met de arbeid. Als voorbeeld van dergelijke bepalingen zijn genoemd bepalingen die verband houden met arbeidsvoorziening, werkgelegenheid, arbeidsmarkt, arbeidsverhouding, scholing en toepassing van de cao.³³ Cao-bepalingen die kennelijk in strijd zijn met wet- en regelgeving

26 Zie definitie van de cao in art. 1 Wet CAO.

27 Zie hieronder paragraaf 5.6.2 over de mogelijkheid om in de cao een derde partij aan te wijzen, die een deel van de afspraken uitvoert.

28 In hoofdstuk 3 is ingegaan op de ongelijkheidscompenserende functie van de cao. Ook hieronder zal dit uitgebreider aan bod komen.

29 Art. 4 lid 1 Wet AVV. Zie bijv. Fase/Van Drongelen, p. 140-160.

30 M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, artikel 2 Wet AVV, aant. 16.

31 De avv werkt dus ook beperkend ten aanzien van de contractsvrijheid van de cao-partijen. Zowel voor de partijen die bij de avv-cao betrokken waren als voor de andere werkgevers- of werknemersorganisaties in de bedrijfstak geldt dat zij voor de duur van de avv alleen voor de werknemer gunstigere arbeidsvoorwaarden kunnen afspreken. Ook mogen de cao-partijen de avv-cao niet tussentijds wijzigen. Zie Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, artikel 2 Wet AVV.

32 Circulaire van 2 december 1998, *Stcrt.* 1998, 240, laatstelijk gewijzigd op 24 augustus 2010, *Stcrt.* 2010, 13489.

33 Toetsingskader, par. 4.2.

komen niet voor avv in aanmerking.³⁴ Het gaat dan om bepalingen die inbreuk maken op dwingendrechtelijke voorschriften waarvan geen afwijking bij cao is toegestaan.³⁵ Als voorbeeld wordt in het Toetsingskader onder andere genoemd een bepaling die wettelijk toegekende bevoegdheden inperkt, zoals het recht van de werkgever om ontbinding te vragen aan de kantonrechter.³⁶ Ook intentieverklaringen, protocollen of aanbevelingen, maar ook alle obligatoire bepalingen komen niet voor avv in aanmerking.³⁷ Dit kan van invloed zijn op baan- of werkzekerheidsafspraken. Wanneer dergelijke afspraken primair een obligatoir karakter dragen, komen ze niet voor avv in aanmerking.³⁸

Het eerder genoemde 'nadeel' van de cao – namelijk zijn tijdelijke karakter – wordt niet teniet gedaan wanneer de cao-bepalingen door algemeenverbindendverklaring van contract naar wet overgaan. In dit specifieke opzicht wordt het probleem eerder vergroot. Algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen werken namelijk in principe niet na.³⁹ Dat betekent dat na het eindigen van de werking van de verbindendverklaring de arbeidsvoorwaarden gaan gelden die de werkgever en de werknemer waren overeengekomen of alsnog zullen overeenkomen. Ook algemeen verbindend verklaarde werkzekerheidsafspraken gelden dan niet meer.⁴⁰ De Hoge Raad heeft de Wet AVV nadrukkelijk niet extensief willen interpreteren om de geldingsduur van de cao-bepalingen voorbij de periode van algemeenverbindendverklaring te verlengen ondanks de praktische problemen die hieruit kunnen voortvloeien.⁴¹

5.3 De (collectieve) contractsvrijheid

Hierboven is al uitgelegd dat nu de cao in het recht in beginsel vormgegeven wordt als een overeenkomst, de cao-partijen grote contractsvrijheid toekomt. Deze partijen zijn in principe vrij om te bepalen of ze collectieve afspraken willen maken, met wie ze die afspraken willen maken⁴² en wat de inhoud en de reikwijdte van die afspraken zijn.

34 Toetsingskader, par. 5.1.

35 Fase/Van Drongelen, p. 169. Zie hieronder.

36 Art. 7:685 BW.

37 Toetsingskader, par. 4.3 sub 1 en 2.

38 Fase en Van Drongelen wijzen erop dat obligatoire bepalingen die niet de relatie tussen de cao-partijen raken, maar 'met het oog op aan de cao gebonden werkgevers en werknemers overeengekomen zijn', wel voor algemeen verbindendverklaring in aanmerking komen, Fase/Van Drongelen, p. 142.

39 Zie HR 18 januari 1980, NJ 1980, 348 (Hop/Hom). Later bevestigd in HR 10 januari 2003, JAR 2003/38.

40 Hier kan wel een relativering worden aangebracht. De HR lijkt een uitzondering te maken voor cao-bepalingen die een recht in het leven hebben geroepen dat gedurende een zekere tijd geldt, zoals het recht op doorbetaling van het volledige loon tijdens arbeidsongeschiktheid. Wanneer in de periode van de arbeidsongeschiktheid de algemeenverbindendverklaring verstrijkt, tast dat het verkregen recht op volledige doorbetaling niet aan. Zie HR 28 januari 1994, NJ 1994/20; HR 7 juni 2002, NJ 2003/75. Dezelfde redenering van verkregen rechten zou ook gevolgd kunnen worden in het geval van loonsuppletie bij werkloosheid of een nieuwe functie.

41 HR 10 januari 2003, JAR 2003/38 (Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet).

42 In de rechtspraak is echter uitgemaakt dat het niet toelaten van een evident representatieve vereniging tot het cao-overleg een onrechtmatige daad kan zijn. Zie Hof Arnhem 14 maart 1995, JAR 1995/96.

De grenzen van deze collectieve contractsvrijheid lijken op het eerste gezicht niet anders te zijn dan de algemene beperkingen die aan contractsvrijheid gesteld kunnen worden.⁴³ De redenering is immers dat wanneer de cao als een overeenkomst getypeerd kan worden, dit meebrengt dat de contractsvrijheid die cao-partijen toekomt niet anders van aard is dan de (individuele) contractsvrijheid die we uit het overeenkomstenrecht kennen.⁴⁴ De cao is echter, zoals eerder is opgemerkt, een bijzondere overeenkomst. Zo is het beginsel van de (individuele) contractsvrijheid – hoe belangrijk ook voor het recht – niet met zoveel woorden in de wet neergelegd.⁴⁵ De collectieve contractsvrijheid daarentegen is wel omgeven met grondrechtelijke waarborgen; zij is verankerd in internationale verdragen waarbij de vakverenigingsvrijheid, de collectieve onderhandelingsvrijheid en het collectief actierecht een samenhangend geheel vormen.⁴⁶ Die collectieve contractsvrijheid wordt verschillend getypeerd. Men heeft het soms over onderhandelingsvrijheid,⁴⁷ maar ook de term autonomie (van de sociale partners) wordt in dit kader vaak gebruikt. Het vraagstuk van de contractsvrijheid bij cao kan dan ook van twee kanten worden benaderd: vanuit de optiek van de aard van het contract en vanuit de optiek van de vakverenigingsvrijheid.⁴⁸ De tweede benaderingswijze zou impliceren dat de collectieve contractsvrijheid zelfs verder strekt dan het 'algemene' beginsel van contractsvrijheid, daar de collectieve onderhandelingsvrijheid een grondrecht is en in principe alleen beperkt mag worden op de wijze waarop grondrechten beperkt mogen worden.⁴⁹

5.3.1 Algemeen belang als beperking van de contractsvrijheid

Aangezien het recht op vereniging en het recht collectief overleg over arbeidsvoorwaarden grondrechten zijn, heeft de overheid een rechtsgrond nodig om in de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming direct in te grijpen. Die heeft zij ook gehad in de Wet op de loonvorming.⁵⁰ Op grond van deze wet heeft de overheid in het (tamelijk recent) verleden veelvuldig in cao's ingegrepen met verwijzing naar het algemeen belang en in het bijzonder de noodzaak loonpolitiek te voeren.⁵¹ De vakbonden hebben deze geleide loonpolitiek aangevochten bij het Committee of

43 Men kan hierbij denken aan algemene leerstukken van het privaatrecht, zoals de wilsgebreken, misbruik van omstandigheden, dwaling etc. Het is dan de rechter die 'ingrijpt' in de overeenkomst.

44 Vlg. Fase/Van Drongelen, p. 72.

45 Zie over het beginsel van de contractsvrijheid onder andere Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, nr. 41 e.v..

46 T. van Peijpe, 'Contractvrijheid en de werknemer', in T. Hartlief en C.C.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 368.

47 Zie bijv. M. Rigaux en T. van Peijpe, *Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht*, Reeks VvA 20, Alphen aan den Rijn 1994, p. 22.

48 W.J.P.M. Fase, *De botsing tussen de contracts- en vakverenigingsvrijheid, Enige beschouwingen over het c.a.o.-recht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 19.

49 In hoofdstuk 3 is dieper ingegaan op collectief onderhandelen als grondrecht.

50 Wet van 12 februari 1970, houdende regelen met betrekking tot de loonvorming, *Stb.* 1970, 69.

51 Zie voor de Nederlandse loon- en inkomenspolitiek bijv. W.P.J.M. Fase, *Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland, terugblik en perspectief*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1980; T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985; Jacobs 2005, p. 43- 50.

Experts, Freedom of Association and Collective Bargaining van de ILO.⁵² Het Comité is met de toepassing van artikel 3 van het ILO-Verdrag nr. 87 tot de conclusie gekomen dat 'de publieke economische politiek gericht mag zijn op economisch herstel, maar dat beperkingen aan de vrijheid van collectief onderhandelen alleen kunnen worden toegepast als een exceptionele maatregel en slechts met een noodzakelijke reikwijdte; niet langer dan voor een redelijke termijn en vergezeld van garanties voor de verzekering van de levensstandaard van werknemers, in het bijzonder van diegenen die er het meest door getroffen worden, zoals mensen met een laag inkomen'.⁵³ De overheid heeft nadien directe inmenging in de arbeidsvoorwaardenvorming opgegeven.⁵⁴ Naar aanleiding van deze ILO-procedure is in 1987 de Wet op de loonvorming zo gewijzigd dat de minister van SZW alleen nog loonmaatregelen mag nemen indien zich plotseling een noodsituatie in de nationale economie voordoet, veroorzaakt door één of meer schoksgewijze optredende externe factoren.⁵⁵

Dat de overheid deze manier van sturing heeft opgegeven, wil echter niet zeggen dat in Nederland geen sprake is van overheidsbemoeienis bij arbeidsvoorwaardenvorming. Sterker nog, de 'sturende rol van de overheid' is een zeer belangrijk zo niet 'beslissend' onderdeel van het Nederlandse (corporatistische) overlegmodel.⁵⁶ De overheid, werkgeverskoepels en vakcentrales komen nog altijd op centraal niveau bij elkaar om via overleg en coördinatie consensus te bereiken en arbeidsvoorwaardenvorming te sturen.⁵⁷ Uit deze 'centrale akkoorden' tussen het kabinet en de sociale partners vloeien richtlijnen voort voor de cao-onderhandelaars. Via 'interne coördinatie' zowel aan werknemers- als aan werkgeverszijde worden de belangrijkste inhoudelijke speerpunten voor het cao-overleg aan de onderhandelaars gecommuniceerd. Vaak wordt er een onder- en een bovengrens voor loonstijging geformuleerd, waardoor nagenoeg alle cao's binnen de op centraal niveau afgesproken marge blijven.⁵⁸ Niettemin dreigt de overheid regelmatig met het onthouden van de algemeenverbindendverklaring van cao-bepalingen wanneer ze niet met het kabinetsbeleid overeenkomen. De (memorie van toelichting van de) Wet AVV en het Toetsingskader AVV geven de minister de mogelijkheid cao-bepalingen op strijdigheid met het algemeen belang te beoordelen en op basis daarvan algemeenverbindendverklaring te onthouden. Het (dreigen met het) onthouden van de algemeenverbindendverklaring wordt ook wel sturend gebruik van het middel van

52 Jacobs 2005, p. 154.

53 Zie Committee of Experts, 'Freedom of association and collective bargaining', ILC 1983, p. 103-104; *ibid.* 'Digest' 1985, p. 117; *ibid.* ILC 1994, p. 115-116.

54 In het akkoord van Wassenaar (d.d. 24 november 1982) heeft het kabinet toegezegd niet meer in te grijpen in de loonontwikkelingen. Tegelijk hebben de vakcentrales zich verbonden aan loonmatiging in ruil voor arbeidstijdverkorting ter stimulering van banengroei en investeringen.

55 Art. 10 Wet op de loonvorming. Bovendien mogen zulke maatregelen niet langer dan zes maanden duren, welke periode één maal kan worden verlengd met een termijn van ten hoogste zes maanden.

56 A. Akkerman, 'Verhoudingen tussen de sociale partners in Nederland anno 2005: corporatisme of lobbyisme?', *Beleid en Maatschappij* 2005, vol. 32 nr. 4, p. 187-198.

57 *Kamerstukken II*, 2011-2012, 29 544, nr. 359, p. 6. De minister noemt hier het maken van centrale afspraken met sociale partners 'indirect sturen van de inhoud van cao's'.

58 L. Hartevelt, 'Loonvorming in tijden van crisis', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 2012 vol. 28 nr. 2, p. 146.

algemeenverbindendverklaring genoemd.⁵⁹ Of het sturend inzetten van de avv toegestaan (en gewenst) is, is aan discussie onderworpen.⁶⁰ Het sturend inzetten van avv kan worden gezien als niet strokend met het historische doel ervan, namelijk het ondersteunen van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, de bevordering van de arbeidsrust en het tegengaan van concurrentie op arbeidsvoorwaarden. Het selectief hanteren van de avv zou ook in strijd kunnen zijn met het grondrecht op vrij collectief onderhandelen, hoewel door het onthouden van avv het onderhandelingsresultaat blijft bestaan.⁶¹

Kort samengevat kan betoogd worden dat de collectieve contractsvrijheid als onderdeel van het fundamentele recht op collectief onderhandelen weliswaar juridisch gezien considerabel is, maar dat in de praktijk collectieve arbeidsvoorwaardenvorming op directe dan wel indirecte wijze beïnvloed wordt door de overheid. Nu zijn 'werkzekerheidsafspraken' in lijn met het overheidsbeleid,⁶² waardoor op dit punt geen beperking voor de cao-partijen te verwachten is. De overheid stuurt zelfs in grote mate op scholingsafspraken in cao's. In het regeerakkoord van het kabinet-Rutte I was bijvoorbeeld opgenomen dat cao's die geen bepalingen bevatten met betrekking tot scholing en leeftijdsbewust personeelsbeleid niet langer algemeen verbindend worden verklaard.⁶³ Ook 'baanzekerheidsafspraken' – wanneer gericht op behoud van werkgelegenheid – zullen niet snel in strijd komen met het overheidsbeleid. Het enkel inzetten op baanzekerheid zonder acht te slaan op werkzekerheid zou echter wel een onderhandelingsuitkomst kunnen zijn die niet in lijn is met het overheidsbeleid en dus in strijd met het algemeen belang kan worden geacht.⁶⁴ Zo iets is in elk geval niet ondenkbaar. Gezien de nog steeds aanwezige overheidsbemoeienis, zou het in dat geval ook niet ondenkbaar zijn dat de overheid zulke cao-bepalingen niet algemeen verbindend verklaart.

5.3.2 Ongelijkheidscompensatie als beperking van de contractsvrijheid

Hierboven is al uiteengezet dat het vraagstuk van de contractsvrijheid bij cao van twee kanten kan worden benaderd: vanuit de optiek van de aard van het contract en vanuit de optiek van de vakverenigingsvrijheid. Bij die eerste benaderingswijze (de aard van het contract) lijkt de collectieve contractsvrijheid dus aan dezelfde beperkingen onderworpen te kunnen worden als de individuele contractsvrijheid.⁶⁵ Het is

59 Jacobs 2005, p. 200; E. Koot-van der Putte, 'Selectief avv van cao's bij ontbreken afspraken over scholing', *TAP* 2011/1, p. 16-25.

60 Zie voor een samenvatting van de opvattingen in de literatuur Koot-van der Putte 2011, p. 20-23.

61 A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief*, diss. Tilburg, Alphen a/d Rijn/Brussel: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1986, p. 318-319.

62 Zie hierover uitvoerig hoofdstuk 2.

63 Dit voornemen zou worden uitgewerkt door middel van een aanpassing van het Toetsingskader AVV, maar is niet tot uitvoering gebracht. Zie ook *Kamerstukken II*, 2011-2012, 29 544, nr. 359, p. 5-6.

64 Zie echter voor kritiek over het gelijkstellen van het begrip algemeen belang met het vigerende regeringsbeleid, Fase/Van Drongelen, p. 29-31.

65 Vlg. Fase/Van Drongelen, p. 72.

echter de vraag of de individuele contractsvrijheid in dit opzicht gelijkgesteld kan worden aan de collectieve contractsvrijheid.⁶⁶

Alle beperkingen aan de individuele contractsvrijheid plegen op dezelfde wijze gerechtvaardigd te worden.⁶⁷ Contractsvrijheid heeft namelijk twee elementen: het impliceert zowel de afwezigheid van dwang als de aanwezigheid van de mogelijkheid tot zelfontplooiing.⁶⁸ Pas wanneer men de mogelijkheid heeft zich te ontplooien kan van vrijheid en zelfbeschikking gesproken worden. Wanneer het uitgangspunt van vrijheid en zelfbeschikking niet kan worden gerealiseerd vormt dat in de privaatrechtelijke doctrine een rechtvaardiging voor beperking van de contractsvrijheid.⁶⁹ De contractsvrijheid wordt dus *omwille van de vrijheid* beperkt.⁷⁰ Contractsvrijheid staat in dienst van vrijheid en zelfbeschikking.

In de arbeidsrechtsleer wordt de reden voor het feit dat vrijheid en zelfbeschikking in arbeidsverhoudingen door middel van contractsvrijheid niet (of onvoldoende) kan worden gerealiseerd, doorgaans gezocht in het feit dat de burger in zijn hoedanigheid van werknemer in de meeste gevallen in een ongelijke (onderhandelings)positie verkeert ten opzichte van die burgers of rechtspersonen die als werkgever optreden. De beperkingen aan de individuele contractsvrijheid door het arbeidsrecht worden als compensatie van die ongelijkheid gezien. In die zin is dat in lijn met hoe men in het privaatrecht naar de beperkingen van contractsvrijheid kijkt. Ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht gebeurt omwille van de vrijheid en de zelfbeschikking van de werknemer. Ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht is erop gericht om ondanks het feit dat de werknemer *in dienst* is van de werkgever, dienstbaarheid in de zin van knechtschap te weren om zo de vrijheid te waarborgen.

Ongelijkheidscompensatie gebeurt in beginsel door middel van dwingende wetsbepalingen waarvan de werkgever en de werknemer, behalve in veel gevallen ten gunste van de werknemer, niet mogen afwijken.⁷¹ Ongelijkheidscompensatie gebeurt echter ook door collectieve arbeidsvoorwaardenvorming toe te staan en te faciliteren.⁷² Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming is dus zelf een vorm van of een

66 Rigaux en Van Peijpe spreken bijvoorbeeld in dit verband van onderhandelingsvrijheid, wat volgens hen een *afgeleide* toepassing is van de wilsautonomie en de contractsvrijheid. Zij leggen echter niet uit of deze afgeleide toepassing verschilt van de gewone toepassing van contractsvrijheid, zie Rigaux en Van Peijpe 1994, p. 22.

67 M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*, Monografieën BW, Deventer: Kluwer, 2009, p. 36.

68 J.H. Nieuwenhuis, 'Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel', in T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 25-26. Beide aspecten liggen volgens Nieuwenhuis in elkaars verlengde: 'Zelfontplooiing door samenwerking met anderen; dat is de kern van het contractenrecht.'

69 Loth 2009, p. 36.

70 Omdat bepalingen van dwingend recht dus hun grond en legitimatie vinden in de zelfbeschikking van het individu, spreekt Loth dan ook over *normering* van de contractsvrijheid in plaats van beperking van de contractsvrijheid. Ibid, p. 38.

71 Zie bijv. A.R. Houweling en L.J.M. Langedijk, 'Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture', *ArA* 2011 vol. 10 nr. 1, p. 9-10.

72 Zie bijv. G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2011 (8e druk) p. 22.

methode voor ongelijkheidscompensatie.⁷³ Wanneer werknemers zich mogen verenigen en als een collectief kunnen onderhandelen, worden de onderhandelende partijen geacht in een evenwichtiger positie te verkeren en een evenwichtiger resultaat tot stand te kunnen brengen dan wanneer een individuele werknemer met zijn werkgever onderhandelt. Met 'evenwichtiger resultaat' wordt bedoeld dat de belangen van de twee partijen min of meer in gelijke mate in het onderhandelingsresultaat terugkomen. Ongelijkheidscompensatie is uiteindelijk ook de reden waarom de cao vóór gaat op de individuele arbeidsovereenkomst.

Als collectieve arbeidsvoorwaardenvorming een vorm van ongelijkheidscompensatie is en de collectieve contractsvrijheid in dienst staat van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, dan staan de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en de cao dus ook in dienst van ongelijkheidscompensatie.⁷⁴ De vraag dringt zich dan ook op of beperkingen aan de collectieve contractsvrijheid op dezelfde manier gerechtvaardigd kunnen worden als de beperkingen aan de individuele contractsvrijheid. Collectieve contractsvrijheid – en met name de cao als resultaat daarvan – beperkt de individuele contractsvrijheid. Die beperking wordt dus gerechtvaardigd door het feit dat individuele contractsvrijheid niet (of in onvoldoende mate) tot vrijheid en zelfontplooiing van de werknemer leidt. Het zou derhalve niet logisch zijn om de beperkingen aan collectieve contractsvrijheid met dezelfde verwijzing naar vrijheid en zelfontplooiing van de werknemer te rechtvaardigen, omdat de collectieve contractsvrijheid daartoe juist hoort bij te dragen.

Collectieve contractsvrijheid vraagt dus om een andere benadering dan de individuele contractsvrijheid. Een andere benadering dan die van de individuele contractsvrijheid wordt ook gerechtvaardigd door het feit dat de cao een zeer bijzondere overeenkomst is, zoals in de literatuur ook wordt erkend. Het probleem blijft echter dat de cao en het cao-recht in hoofdzaak worden beheerst door 'het contractueel denken', terwijl de cao in feite niet altijd goed past in het contractenrecht.⁷⁵ De constatering dat de cao als contract een onvolkomen concept is, rechtvaardigt het kritisch kijken naar de collectieve contractsvrijheid en de beperkingen die eraan gesteld worden. Uitgaan van de veronderstelling dat de collectieve contractsvrijheid aan dezelfde juridische grenzen is gebonden als de individuele contractsvrijheid miskent het bijzondere karakter van de cao en de collectieve contractsvrijheid. Het wel in acht nemen van de bijzondere aard van de cao levert echter niet een eenvoudig antwoord op op de vraag waar de grenzen liggen aan de regelingsbevoegdheid van cao-partijen. Vanwege de wortels in de grondrechten en zijn functie als ongelijkheidscompenserend instrument zou betoogd kunnen worden dat cao-partijen een

73 W.J.P.M. Fase, 'Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en contractueel evenwicht', in Roodbundel 1997, p. 11.

74 Aan de cao worden in de literatuur ook andere functies toebedeeld. Zie hierover reeds hoofdstuk 3.

75 Zie bijv. voor een discussie over de plaats van de cao in onze rechtsorde de noot van Stein bij HR 19 maart 1976, NJ 1976/407. Hij merkt op dat de cao als rechtsfiguur nooit een passende plaats in ons rechtssysteem heeft gekregen. Met de Wet CAO is de rechtsfiguur 'buiten twijfel' gesteld, maar de bedenkingen die men had zijn nooit behoorlijk beantwoord. Die constatering is volgens mij nog steeds juist.

grote contractsvrijheid toekomt, terwijl het feit dat de cao ook als een wetgevend instrument gezien kan worden in sommige opzichten juist het stellen van *meer eisen* zou rechtvaardigen.

5.4 Onderhandelingsmacht en het recht op staken

Het feit dat de cao in de eerst plaats een overeenkomst is tussen (twee of meer) private partijen brengt bepaalde beperkingen mee voor de cao als 'regulerings-instrument'. Het tijdelijke karakter van de cao is al genoemd, net als het feit dat de cao alleen door werkgevers(organisaties) en werknemersvertegenwoordigers (en niet door andere (maatschappelijke) organisaties) gesloten kan worden. Daar kan het volgende aan toegevoegd worden. Cao's komen door middel van onderhandelingen tot stand. Elke cao-afspraken is uiteindelijk een compromis, een gevonden balans tussen de belangen van de betrokken werkgevers en werknemers. De onderhandelingsmacht die de partijen ten opzichte van elkaar hebben is een van de meest bepalende factoren voor de vraag waar precies die balans uiteindelijk komt te liggen. De feitelijke onderhandelingsmacht die de cao-partijen ten opzichte van elkaar hebben wordt op haar beurt beïnvloed door verschillende factoren. De organisatiegraad en 'de stand van de economie en de arbeidsmarkt' kunnen daarbij als belangrijke – zo niet belangrijkste – factoren worden genoemd.⁷⁶ Menig schrijver heeft erop gewezen dat wanneer de organisatiegraad in de onderneming of de bedrijfstak tot een zeer laag niveau zakt, de vakbond op den duur zijn reële onderhandelingsmacht verliest.⁷⁷ Zo wordt ook algemeen aangenomen dat in tijden van economische neergang de machtsbalans verschuift naar werkgeverskant.⁷⁸ De feitelijke onderhandelingsmacht is dus niet statisch, omdat zij afhankelijk is van factoren die aan veranderingen onderhevig zijn. Ook het juridische kader van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming heeft invloed op de feitelijke onderhandelingsmacht. Rigaux beschrijft dit als volgt: arbeidsverhoudingen blijven 'machtsverhoudingen', maar het juridische kader is een consistent element van deze machtsverhoudingen geworden.⁷⁹ De economische en sociologische factoren blijven echter bestaan naast de juridische essentiële beïnvloedingsfactoren waar het gaat om de vragen als: of de cao-partijen afspraken maken, waarover die afspraken gaan, wat ze precies inhouden en op wie ze van toepassing zijn.

Wat betekent dit voor de inhoud van cao's? Van de Wet CAO ondervinden de cao-partijen misschien nauwelijks enige hinder,⁸⁰ maar dit wil niet zeggen dat de cao-partijen ook daadwerkelijk in staat zijn om een bepaald onderhandelingsresultaat te

76 Vlg. A.T.J.M. Jacobs, *Grenzen aan de regelingsmacht der cao-partijen*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking nr. 32, Kluwer Deventer 1982, p. 26.

77 Bijv. F.B.J. Grapperhaus, 'Representativiteit van werknemersorganisaties' in R.A.A. Duk e.a. *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2005, p. 108.

78 Zie bijv. T. Haipeter en S. Lehdorff, 'Collective bargaining on employment', Industrial and Employment Relations Department, Geneve: ILO, Working Paper nr. 3, mei 2009, p. 6.

79 M. Rigaux, *Labour Law or Social Competition Law? On labour in its relation with capital through law*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 122. Zie ook Reynaerts in Frenkel-bundel, p. 239.

80 Fase/Van Drongelen, p. 41.

realiseren. Voor het maken van afspraken zijn de partijen van elkaar afhankelijk.⁸¹ Voor wat betreft baan- of werkzekerheidsafspraken zijn de werknemersvertegenwoordigers dus afhankelijk van de werkgevers(organisaties). De vraag dient zich dan ook aan waarom werkgevers(organisaties) afspraken over baan- of werkzekerheid zouden willen maken. Theoretisch bezien kunnen er drie redenen zijn waarom een werkgever(sorganisatie) een dergelijke cao-afpraak zou willen maken, waarbij opgemerkt moet worden dat in de praktijk vaak sprake zal zijn van een combinatie van redenen. De eerste is dat de afspraak ook in werkgevers belang is. Ervan uitgaande dat baan- en werkzekerheidsafspraken in de eerste plaats werknemers belangen dienen, zal dit slechts in een aantal specifieke situaties het geval zijn.⁸² De tweede reden is dat de werknemersvertegenwoordigers in ruil voor baan- of werkzekerheid op een ander onderhandelingspunt concessies hebben gedaan. Dit zal de meest voorkomende situatie zijn bij cao-onderhandelingen. De derde reden is dat hij daartoe *gedwongen* is door werknemersvertegenwoordigers.

Hier blijkt de mogelijkheid om collectieve actie te voeren een zeer belangrijke factor voor (het bestaan en) de inhoud van de cao.⁸³ In de literatuur is de volgende uitspraak van Kahn-Freund welbekend: als de werknemers niet in staat zijn om (in de laatste instantie) collectief het werk te weigeren, dan kunnen ze ook niet collectief onderhandelen.⁸⁴ Jacobs poneert de stelling dat sociale partners ten minste alles kunnen regelen waarvoor de arbeiders bereid zijn om te staken.⁸⁵ Dit is een meer pragmatische benadering van het vraagstuk van de inhoud van de cao's, maar toch een nuttige benadering. Hij constateert dan ook terecht dat het cao-regelingsdomein en het stakingsrecht met elkaar verbonden zijn. Het regelingsbereik van de sociale partners mag dan in theorie ruim zijn, maar wanneer de vakbonden weinig 'onderhandelingsmacht' hebben en weinig druk op de werkgevers kunnen uitoefenen – waarbij een (dreiging met) staking een ultiem middel is om de druk uit te oefenen – dan zal de inhoud van de cao waarschijnlijk slechts in zeer beperkte mate de werknemers belangen dienen.

Dit is een algemene constatering met betrekking tot de inhoud van de cao's. Wat betekent dit voor het al dan niet maken van baan- of werkzekerheidsafspraken in cao's? De vraag die relevant is in dit verband is de vraag of dit onderwerpen zijn waarover werknemers kunnen staken. Die vraag kan bevestigend worden beantwoord. Het recht op staken bestaat in Nederland door de rechtstreekse werking van het vierde lid van artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest (ESH).⁸⁶ Het ESH kent werknemers en werkgevers het recht op collectieve actie toe in gevallen van

81 Vlg. G.E. Koning, *Nieuwe technologieën en werknemersinspraak* diss. Universiteit Utrecht 1998, p. 245.

82 Bijvoorbeeld bij een reorganisatie kan de werkgever zelf ook belang hebben bij de situatie dat zijn werknemers 'een transitie maken' naar een andere werkgever.

83 In hoofdstuk 3 is ingegaan op het recht op collectieve actie als grondrecht.

84 O. Kahn-Freund, *Labour and the Law*, London: Stevens and Sons 1972, p. 225-226.

85 A.T.J.M. Jacobs, *Grenzen aan de regelingsmacht der cao-partijen*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking nr. 32, Kluwer Deventer 1982, p. 50.

86 HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 (NS-arrest). Indien de collectieve actie niet onder het bereik van het ESH valt, wordt zij door de rechter aan art. 6:162 BW getoetst.

belangengeschillen.⁸⁷ Het begrip belangengeschil moet ruim worden uitgelegd.⁸⁸ Eventuele geschillen in het kader van collectief arbeidsvoorwaardenoverleg over baan- en werkzekerheid kunnen in principe getypeerd worden als belangengeschillen in de zin van het artikel 6 lid 4 van het ESH, daar het in de regel gaat om onderwerpen waarover door collectieve onderhandelingen regelingen tot stand kunnen worden gebracht. Het moet daarbij wel gaan om conflicten die de werknemers als collectiviteit aangaan en niet om individuele geschillen over bijvoorbeeld het behoud van een baan.⁸⁹ Wanneer de werknemers gezamenlijk en voor hen allen of voor een (groot) deel van hen van de werkgever bijvoorbeeld garanties eisen ten aanzien van hun banen of bij collectief ontslag vragen om begeleiding naar een andere baan en de werkgever wil niet aan deze verzoeken voldoen, dan kunnen zij uiteindelijk hierover rechtmatig staken. Indien de stakers en de organiserende vakbonden zich verder houden aan de algemene regels omtrent staking⁹⁰ zullen ze in zulke gevallen in principe weinig hinder ondervinden van het stakingsrecht. Noch stakingen over baanzekerheid noch stakingen over werkzekerheid zullen snel als onrechtmatig worden betiteld daar zij in principe als arbeidsvoorwaardenconflicten kunnen worden aangemerkt. Voor collectieve baanzekerheid lijkt dat wellicht eerder evident, omdat het dan vermoedelijk zal gaan om behoud van werkgelegenheid,⁹¹ maar ook voor de deelaspecten van werkzekerheid, namelijk investeringen in inzetbaarheid en begeleiding bij transities geldt dat deze een reden voor staking kunnen zijn. Wanneer de werkgever weigert over deze zaken afspraken te maken met de werknemersvertegenwoordigers of partijen kunnen niet overeenkomen wat de reikwijdte van dergelijke investeringen of begeleiding zou moeten zijn dan kan dit als een belangengeschil worden aangemerkt. Of het te verwachten is dat werknemers bereid zijn hierover te staken is echter een andere vraag. Betoogd zou kunnen worden dat het aannemelijk is dat werknemers eerder zullen staken voor behoud van banen dan dat ze voor een scholingsbudget zullen staken. Dit kan uiteindelijk invloed hebben op de inhoud van de cao.

In hoofdstuk 2 is betoogd dat baan- en werkzekerheid in het kader van collectief overleg ook op een meer indirecte manier beïnvloed kan worden, namelijk door

87 De HR hanteert – in navolging van het European Committee of Social Rights (ECSR) – een dichotomie, waarbij belangengeschillen worden geplaatst tegenover 'rechtsgeschillen'. Deze laatste vallen niet onder het bereik van het ESH, zie D.F.A. Mollema, 'Het belangengeschil van belang?' SR 2006, vol. 21 nr. 1, p. 16-24.

88 Ik sluit me hiermee aan bij de uitleg van het merendeel van de schrijvers en bij de interpretatie in de jurisprudentie, zie bijv. R. Hansma, Publiekrechtelijke aspecten bij: Europees Sociaal Handvest (herzien), Artikel 6, *Arbeidsovereenkomst (Iosbl)*; Grapperhaus, commentaar op artikel 6 ESH, *Tekst & commentaar*; D.F.A. Mollema, 'Het belangengeschil van belang?' SR 2006, vol. 21 nr. 1, p. 20.

89 Het moet daarnaast niet gaan om een geschil over de juiste uitleg of nakoming van bestaande collectieve afspraken over baan- of werkzekerheid.

90 Men kan hierbij denken aan de zogenoemde 'spelregels', zoals tijdige aankondiging van de staking, en de proportionaliteitstoets, zie bijv. De Schets, p. 282.

91 Zie bijv. D.F.A. Mollema, 'Het belangengeschil van belang?' SR 2006, vol. 21 nr. 1, p. 18. Geschillen over de garantie van werkgelegenheid acht de president van de Rb. Amsterdam een belangengeschil in de zin van het ESH, zie Rb. Amsterdam 26 augustus 1998, JAR 1998/195. Zie voor recente rechtspraak over rechtmatige stakingen over behoud van banen bijv. Ktr. Assen 19 februari 2013, JAR 2013/94.

afspraken te maken op het terrein van het werkgelegenheidsbeleid, aanstellings- en wervingsbeleid, arbeidsorganisatiebeleid en ontslagbeleid van de ondernemer. Dit zijn dus collectieve afspraken op het terrein van het ondernemingsbeleid. De vraag is dan ook of werknemersorganisaties zulke afspraken door collectieve acties kunnen afdwingen. Men zou immers kunnen redeneren dat deze zaken tot de 'beslissings-autonomie' of het 'directierecht' van de werkgever behoren (of in het Engels: 'managerial prerogative') en dat een geschil hierover niet als een belangengeschil aangeduid kan worden.⁹² Een minderheid van schrijvers verdedigt deze stelling.⁹³ Volgens bijvoorbeeld Luttmer-Kat, heeft de wetgever met de Wet op de Ondernemingsraden de bevoegdheid van de werkgever om eenzijdig het beleid in de onderneming te bepalen wel genormeerd, maar niet ingeperkt. Het zou daarmee niet te rijmen zijn dat de werknemers 'via machtsuitoefening' inbreuk zouden mogen maken op de beleidsruimte van de werkgever.⁹⁴ Anderen bepleiten dat voor de vraag of er sprake is van een belangengeschil *juist* beslissend is of de ondernemer ten aanzien van een bepaald onderwerp beleids- of beoordelingsvrijheid heeft.⁹⁵ Daarbij moet het wel gaan om het handelen van de ondernemer dat de werknemers als collectiviteit raakt. Het moet gaan om een collectief belang.⁹⁶ De laatste opvatting is mijns inziens juist. Wanneer we uitgaan van de dichotomie rechtsgeschil – belangengeschil,⁹⁷ dan moeten juist geschillen over onderwerpen waar de ondernemer beleids- of beoordelingsvrijheid heeft tot de belangengeschillen worden gerekend. Een onafhankelijke derde kan het geschil dan niet beslechten, wat betekent dat de vakbonden onder omstandigheden pressie mogen uitoefenen op de werkgever om tot een overeenkomst te komen.

5.5 Collectieve contractsvrijheid en gelijke behandeling

Collectief overleg is een grondrecht, maar wat gebeurt er wanneer dit grondrecht botst met een of meer andere grondrechten? Moeten de cao-partijen de grondrechten in acht nemen bij het sluiten van cao's? Hoewel de doorwerking van grondrechten lang een discutabel punt is geweest, kan nu gezegd worden dat de meerderheidsoptvatting onder de juristen is dat er een zekere doorwerking van grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen bestaat.⁹⁸ De sociale partners zijn gebonden aan

92 Ook Mollema behandelt die vraag, zie D.F.A. Mollema, 'Het belangengeschil van belang?' SR 2006, vol. 21 nr. 1, p. 17.

93 A.M. Luttmer-Kat, 'Zijn collectieve acties tegen ontslagmaatregelen rechtens toegestaan?', SMA 1989, p. 333-348; A.M. Luttmer-Kat, *Ondernemersbesluiten onder actievuur*, (oratie RUG), Deventer: Kluwer 1990, p. 16-18; A.G. Maris, 'Stakingsrecht en belangengeschillen in het ESH', SMA 1983, p. 278-287.

94 A.M. Luttmer-Kat, *Ondernemersbesluiten onder actievuur*, (oratie RUG), Deventer: Kluwer 1990, p. 18.

95 R.A.A. Duk, 'Stakingsdoeleinden', in *De Maris-bundel: opstellen aangeboden aan mr. A.G. Maris*, Deventer: Kluwer 1989, p. 24; D.F.A. Mollema, 'Het belangengeschil van belang?' SR 2006, vol. 21 nr. 1, p. 20.

96 R.A.A. Duk, 'Stakingsdoeleinden', in *De Maris-bundel: opstellen aangeboden aan mr. A.G. Maris*, Deventer: Kluwer 1989, p. 25.

97 Wat de HR ook doet.

98 Zie bijv. M.J. Tolman, 'Constitutionalisering van contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen', WPNR 2004 (6602).

grondrechten, maar het ene grondrecht zal voor de inhoud van de cao van groter belang zijn dan het andere.⁹⁹ Het recht op gelijke behandeling is in het kader van de grenzen aan de collectieve contractsvrijheid waarschijnlijk het belangrijkste grondrecht te noemen.¹⁰⁰ Vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU is dat het gelijkebehandelingsrecht van toepassing is op de cao.¹⁰¹ Wat de rechtspraak van de Hoge Raad betreft, is dit uitgangspunt enigszins anders, daar de Hoge Raad in de meeste gevallen slechts een (indirecte) werking van grondrechten lijkt te erkennen door (in plaats van grondrechten) aansluiting toe zoeken bij 'algemeen erkende rechtsnormen' via het goed werkgeverschap.¹⁰² Vanwege het algemeen erkende belang van gelijke behandeling voor de vrijheid kan een inbreuk daarop mijns inziens niet worden gerechtvaardigd met enkel een verwijzing naar de collectieve contractsvrijheid, ook als deze uiteindelijk hetzelfde doel van de vrijheid dient.¹⁰³

Het volstaat dus niet om de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming als een instrument van ongelijkheidscompensatie te bestempelen, waarmee de 'bescherming van de werknemer' in het algemeen zou zijn gediend.¹⁰⁴ Het feit dat de bepalingen in het kader van collectieve onderhandelingen tot stand zijn gekomen speelt hoogstens een rol bij de beoordeling van de objectiviteit van de rechtvaardigingsgrond voor het gemaakte onderscheid. Tussen deze twee fundamentele rechten (het recht op vrij collectief onderhandelen en het recht op gelijke behandeling) geldt echter een complexe relatie, die nog steeds aan verandering onderhevig is.¹⁰⁵ Als uitgangspunt geldt dat cao-partijen bij de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming het recht op gelijke behandeling dienen te eerbiedigen.¹⁰⁶

In cao's wordt echter veelvuldig onderscheid gemaakt,¹⁰⁷ bijvoorbeeld ten aanzien van de leeftijd van werknemers. Leeftijdsonderscheid in arbeidsvoorwaarden is echter verboden tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.¹⁰⁸ Ook cao-partijen moeten het verbod van leeftijdsdiscriminatie eerbiedigen.¹⁰⁹ Leeftijdsonderscheid is

99 A.T.J.M. Jacobs, *Grenzen aan de regelingsmacht der cao-partijen*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking nr. 32, Kluwer Deventer 1982, p. 53; . Heerma van Voss, 'Toetsing van cao-bepalingen aan grondrechten', in Fase-bundel 2007, p. 115-116.

100 Zie Jacobs hierover al in het preadvies van 1982 en zijn dissertatie, p. 25-64; Stege 2004, p. 181.

101 Zie bijv. A.G. Veldman, 'Contouren van het Europese leeftijdsdiscriminatierecht', *TRA* 2012/4; Heerma van Voss in Fase-bundel, p. 122.

102 Zie HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68 (Parallel Entry) en HR 8 april 1994, *NJ* 1994/704, *JAR* 1994/94 (Agfa/Schoolderman). Zie ook Heerma van Voss in Fase-bundel, p. 116-117; in gelijke zin ook eerder Jacobs diss. 1986, p. 331. Dit is in hoofdstuk 2 ook aan bod gekomen.

103 J.E. Goldschmidt, 'Contractvrijheid en gelijke behandelingsrecht', in T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 265.

104 In gelijke zin Heerma van Voss in Fase-bundel, p. 116.

105 A. Blackett en C. Sheppard, 'Collective Bargaining and Equality: Making Connections', *International labour review* 2003, nr. 4, p. 420.

106 Bijv. HvJ EU 8 september 2011, *JAR* 2011/278, r.o. 63 (Hennigs).

107 Rayer noemt het onderscheid in cao's dat zij in haar onderzoek heeft geconstateerd zorgwekkend, zie C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014, p. 375.

108 Dit volgt uit de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (art. 3 WGBL), welke wet mede uitvoering geeft aan EU-Richtlijn nr. 2000/78 (PbEG 2000, L 303/16).

109 Zie o.a. HvJ EU 13 september 2011, *JAR* 2011/263 (Prigge e.a.), r.o. 49: 'Uit artikel 16, lid 1, sub b, van richtlijn 2000/78 blijkt dus duidelijk dat de collectieve overeenkomsten, net als de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, het door die richtlijn uitgevoerde beginsel in acht moeten nemen.'

objectief gerechtvaardigd wanneer ermee een legitiem doel wordt nagestreefd en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.¹¹⁰ De sociale partners beschikken – net als de lidstaten – over een ruime beoordelingsmarge bij de beslissing welke doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid zij willen nastreven en welke maatregelen ze willen inzetten om deze doelstelling te verwezenlijken.¹¹¹ Deze discretionaire vrijheid van sociale partners geldt niet alleen ten aanzien van cao's, maar ook ten aanzien van sociale plannen.¹¹²

Het blijkt dat met name bij leeftijdonderscheid het Hof van Justitie van de EU zeker rekening houdt met een ruime beoordelingsvrijheid van de sociale partners.¹¹³ Ook de Commissie Gelijke Behandeling (thans College voor de Rechten van de Mens) ziet aanleiding om het gemaakte leeftijdonderscheid in sociale plannen terughoudend te toetsen, wanneer deze plannen collectieve afspraken vormen.¹¹⁴ Toch is het zeker niet vanzelfsprekend dat alle cao-bepalingen waarin leeftijdonderscheid wordt gemaakt door de beugel kunnen. 'Alle leeftijdsgelateerde arbeidsvoorwaarden zijn verdacht' zo stelt Heemskerk vast.¹¹⁵ Het feit dat het een collectieve regeling betreft (waar ook representatieve vakbonden bij betrokken zijn), wil nog niet zeggen dat het gemaakte leeftijdonderscheid om die reden objectief gerechtvaardigd is. Een rechter die een collectieve regeling moet beoordelen waarin leeftijdonderscheid gehanteerd wordt kan niet volstaan met de constatering dat bij de totstandkoming van collectieve overeenkomst nu eenmaal niet de belangen van elke individuele werknemer even goed tot hun recht kunnen komen.¹¹⁶ Ook cao-partijen moeten objectieve rechtvaardiging hebben voor het gemaakte onderscheid.

De Nederlandse wet staat leeftijdsdiscriminatie toe bij werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet.¹¹⁷ Ook de EU Richtlijn noemt uitdrukkelijk de verschillen in behandeling gerechtvaardigd wanneer bijzondere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden gelden voor jongere of juist oudere werknemers 'teneinde hun opnemingsproces in het arbeidsproces te bevorderen, en hun bescherming te verzekeren'.¹¹⁸ 'Leeftijd bewust personeelsbeleid' wordt in cao's vaak ingevuld op een manier dat oudere werknemers onder gunstige voorwaarden bijvoorbeeld minder uren kunnen werken of een lagere functie kunnen vervullen. Deze maatregelen zijn in de meeste gevallen alleen voor oudere werknemers bedoeld, waarbij vaak een expliciete leeftijdsgrens wordt gehanteerd. Zulke cao-bepalingen zullen in het licht van de gelijke behandeling minder streng getoetst worden wanneer

110 Art. 7 lid 1 sub c WGBL.

111 Zie HvJ EU 16 oktober 2007, JAR 2007/288 (Palacios de la Villa) r.o. 68; HvJ EU 12 oktober 2010, JAR 2010/279 (Rosenblatt), r.o. 41; HvJ EU 8 september 2011, JAR 2011/278, r.o. 65 (Hennigs).

112 HvJ EU 06 december 2012, nr. C-152/11, TRA 2013/30 (Odar/Baxter), m.n.t. Voogsgeerd.

113 Zie bijv. A.G. Veldman, 'Contouren van het Europese leeftijdsdiscriminatierecht' TRA 2012/4.

114 CGB-advies 2007-05.

115 M. Heemskerk, 'Leeftijdsdiscriminatie en arbeidsvoorwaarden', NJB 2006/08.

116 Dit deed de kantonrechter in Venlo in 1999 nog wel, zie Ktr. Venlo 24 november 1999, JAR 2000/36.

117 Art. 7 lid 1 sub a WGBL.

118 Art. 6 lid 1 sub a EU-Richtlijn nr. 2000/78.

ze de arbeidsparticipatie van oudere werknemers beogen te bevorderen en inderdaad deel uitmaken van een breder leeftijdsbewust personeelsbeleid.¹¹⁹ Het enkele feit dat een regeling in de cao is opgenomen waarin ook voorzieningen voor leeftijdsbewust personeelsbeleid zijn opgenomen, zal echter niet voldoende zijn om het onderscheid naar leeftijd te rechtvaardigen.¹²⁰ De toets wordt strikter bij afvloeiingsregelingen die enkel als financiële compensatie dienen. Gunstigere arbeidsvoorwaarden voor oudere werknemers in de vorm van een betere afvloeiingsregeling zullen niet gemakkelijk de toets kunnen doorstaan. Het argument dat oudere werknemers 'gelet op hun sociale milieu' grotere financiële behoeften hebben dan jongere werknemers heeft het Hof van Justitie niet kunnen overtuigen.¹²¹ Aan de andere kant acht het Hof het niet onredelijk mensen die binnenkort met pensioen gaan bij ontslagvergoedingen anders te behandelen dan jongere werknemers.¹²² Dit wil echter niet zeggen dat de cao-partijen daarin alle ruimte hebben en dat zij bijvoorbeeld een categorie oudere werknemers volledig mogen uitsluiten van de voorziening. De belangen van de benadeelde (oudere) categorie werknemers mogen niet onevenredig sterk veronachtzaamd worden.¹²³

5.6 Cao's en EU-recht

'Europees recht' – waartoe in ieder geval worden gerekend de primaire Verdragen tot oprichting van de EU, secundaire wetgeving in de vorm van Verordeningen en Richtlijnen, alsmede de op de Verdragen en de secundaire wetgeving gebaseerde jurisprudentie – werkt door in privaatrechtelijke verhoudingen en dus ook in individuele en collectieve arbeidsverhoudingen. De sociale partners hebben in toenemende mate met het EU-recht te maken. Hoewel nog niet alle gevolgen hiervan overzien kunnen worden, aangezien dit recht nog volop in ontwikkeling is, kan wel al vastgesteld worden dat die gevolgen aanzienlijk kunnen zijn. Zo heeft het Hof van Justitie van de EU al verschillende keren geoordeeld dat het (grond)recht op collectief onderhandelen overeenkomstig het recht van de Unie moet worden uitgeoefend.¹²⁴ Daarnaast is hierboven bij gelijke behandeling al gebleken hoe groot inmiddels de invloed is van het Europese recht op dit gebied. Voorts kan gewezen worden op de gevolgen van de eenwording en de uitbreiding van de EU voor de concurrentiepositie van specifieke sectoren, zoals de transportsector. Dat deze veranderde

119 Zie bijv. CGB 14 juni 2007 (2007-97), *JAR* 2007/165. Zie ook A.M. ten Bosch-Gerritsen, Aantek. 3 bij artikel 3 WGBL, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*. Ook Rayer pleit voor een soepelere toets wanneer het onderscheid 'verhoogde bescherming' oplevert, zie C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014, p. 272.

120 Hof Arnhem 27 april 2010, *JAR* 2010/143. De seniorendagen waren in deze cao opgenomen in een cluster, dat losstond van het cluster waarin de voorzieningen voor leeftijdsbewust personeelsbeleid waren te vinden.

121 Een rechtstreeks verband tussen leeftijd en financiële behoeften acht het Hof niet bewezen, HvJ EU 8 september 2011, *JAR* 2011/278, ro. 70 (Hennigs).

122 HvJ EU 06 december 2012, nr. C-152/11, *TRA* 2013/30 (Odar/Baxter), m.n.t. Voogsgaard.

123 Zie bijv. Ktr. 's-Hertogenbosch 06 mei 2010, *LJN* BM3939, *RAR* 2010/110. Er mag geen sprake zijn van een excessief verschil in behandeling tussen de leeftijdsgroepen, Ktr. Amsterdam 14 juni 2004, *JAR* 2004/262.

124 Zie bijv. HvJ EU 15 juli 2010, nr. C-271/08 (Europese Commissie/Bondsrepubliek Duitsland), r.o. 43.

concurrentiepositie gevolgen heeft voor de arbeidsvoorwaarden in die sectoren en daarmee ook gevolgen heeft voor de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming is evident.¹²⁵

In dit kader is het van belang stil te staan bij een aantal onderwerpen afkomstig uit het Europese recht, die de collectieve contractsvrijheid op directe dan wel indirecte manier zijn gaan beïnvloeden. Gebleken is dat voor vrij collectief onderhandelen het recht op collectieve actie belangrijk is, op welk gebied het EU-recht voor een aantal belangrijke en 'EU-eigen' ontwikkelingen heeft gezorgd. Daarnaast kan waar het werkzekerheidsafspraken betreft het Europese mededingingsrecht belangrijk zijn. Bij werkzekerheidsafspraken gaat het immers mede om het organiseren van transities van werknemers – niet alleen binnen de organisatie, maar (zeker) ook daarbuiten, dus op de arbeidsmarkt. Het is niet ondenkbaar dat zulke afspraken in strijd komen met het algemene kartelverbod en het verbod op misbruik van machtspositie.¹²⁶ De Europese Unie beoogt immers – zeer kort gezegd – primair het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal binnen Europa mogelijk te maken. Alle belemmeringen van deze *fundamentele Europese vrijheden* worden alleen onder strikte voorwaarden geaccepteerd. Collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers – of de collectieve acties die in dat kader gevoerd worden – kunnen onder bepaalde omstandigheden in strijd komen met bijvoorbeeld het vrij verkeer van diensten of van kapitaal. De vraag is of en wanneer dit het geval is.

Naast de eenwording van de Europese markt als geheel waar de sociale partners rekening mee moeten houden, zijn voor hen nog een aantal EU-Richtlijnen van belang. De EU poogt door middel van deze Richtlijnen de verschillende nationale arbeidsrechtstelsels binnen de EU op deelterreinen op elkaar af te stemmen.

5.6.1 Vrij verkeer en collectieve acties

Het Handvest van de Grondrechten van de EU erkent het recht om in het kader van collectief overleg bij belangenconflicten collectieve acties te voeren.¹²⁷ Dit recht wordt echter erkend zolang het uitgeoefend wordt *overeenkomstig het Gemeenschapsrecht* en de nationale wetgevingen en praktijken. Het EU-recht – en dan met name de uitspraken van het Europese Hof van Justitie van de EU – heeft namelijk een aantal belangrijke nuanceringen aangebracht ten aanzien van het recht op collectieve acties te voeren. Het gaat met name om de bekende zaken *Viking* en *Laval*, waarin het Hof het recht om collectieve actie te voeren in de eerste plaats inderdaad heeft erkend als een grondrecht dat integraal deel uitmaakt van de algemene beginselen van Gemeenschapsrecht waarvan de eerbiediging dient te worden verzekerd.¹²⁸ Tegelijk heeft het Hof echter benadrukt dat de uitoefening van dat recht aan beperkingen kan

¹²⁵ Zie bijv. Hof Den Bosch 28 mei 2013, JAR 2013/159 (Mooy Oost Europa/FNV), m.nt. Franssen.

¹²⁶ Art. 101 en 102 VWEU.

¹²⁷ Art. 28 van het Handvest.

¹²⁸ HvJ EU 18 december 2007, nr. C-341/05, JAR 2008/21, r.o. 91 (Laval).

worden onderworpen wanneer het in conflict komt met één van de fundamentele vrijheden van de EU.¹²⁹ Het Hof geeft het recht op collectieve actie als (sociaal) grondrecht dus geen prioriteit boven de communautaire fundamentele vrijheden: vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal.¹³⁰ Deze Europese vrijheden mogen slechts beperkt worden, indien de beperking een met de Unie verenigbaar legitiem doel nastreeft en haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang.¹³¹ De beperking moet voorts geschikt zijn ter bereiking van het daarmee beoogde doel en mag niet verder gaan dan met het oog daarop noodzakelijk is.¹³² Collectieve actie die de bescherming van werknemers tot doel heeft, vormt in beginsel een legitiem belang dat een beperking van de vrij verkeersregels rechtvaardigt, zo oordeelt het Hof in beide arresten. In de Viking-zaak¹³³ oordeelde het Hof echter verder dat dit legitieme belang alleen inbreuk op het recht van vrije vestiging rechtvaardigt, indien zich de situatie voordoet dat arbeidsplaatsen of arbeidsvoorwaarden 'op het spel staan of ernstig in gevaar zijn'. De beperking moet voorts de toets van geschiktheid en proportionaliteit doorstaan. De Laval-zaak betrof een situatie van dienstverlening in een andere lidstaat¹³⁴ en daarvoor is de Detacheringsrichtlijn het kader.¹³⁵ Een werkgever uit een andere lidstaat is in het kader van grensoverschrijdende dienstverrichtingen tot niet meer verplicht dan de naleving van een kern van dwingende voorschriften van minimale bescherming in de lidstaat van ontvangst.¹³⁶ De collectieve acties in casu werden door het Hof als niet gerechtvaardigd aangemerkt, omdat het acties betrof die het doel hadden de werkgever te dwingen tot toepassing van cao-bepalingen die boven de minimale wettelijke normen van de lidstaat van ontvangst gaan. Wanneer met collectieve acties hogere bescherming nagestreefd wordt dan de bescherming die de Detacheringsrichtlijn biedt, dan zullen deze acties in strijd zijn met de door die Richtlijn te beschermen Europese vrijheid van het verrichten van diensten.¹³⁷ De proportionaliteitstoets wordt dan niet meer toegepast; de acties zijn in strijd met de vrijheid van diensten.

129 HvJ EU 11 december 2007, nr. C-438/05, JAR 2008/20, r.o. 75 (Viking).

130 Ook de Europese Commissie wilde in 2012 in een inmiddels ingetrokken Verordening het recht op collectieve acties geen prioriteit geven. De bedoeling was het recht op collectieve acties 'op gelijke voet' te plaatsen met de vrijheden, wat erop neerkwam dat wanneer deze met elkaar botsen, ze met elkaar 'verzoend' moeten worden conform de vaste praktijk van de rechtspraak van de EU. De Verordening heeft door meer dan een derde van de nationale parlementen in de EU, inclusief Nederland, een negatief subsidiariteitsoordeel gekregen.

131 Noot bij de Viking- en Laval-zaak door Jaspers, SR 2008, 12.

132 Dit volgt uit het evenredigheidsbeginsel.

133 Hier ging het om een 'cross-border' collectieve actie: een actie van Finse vakbonden van transportarbeiders tegen de Finse reder (Viking) die veerdiensten onderhoudt tussen Finland en Estland en die de veerponten wilde onderbrengen bij een dochteronderneming gevestigd in Estland, om zo de (dure) Finse bemanning te vervangen door de Estse, op wie de goedkopere Estse cao zou worden toegepast.

134 In deze zaak ging het om een Letse bouwfirm Laval, die met Letse werknemers een school wilde bouwen in Zweden. Laval sloot met een Letse vakbond een cao af. De Zweedse bonden voerden collectieve acties om Laval te dwingen een 'Zweedse' cao (met hogere lonen) af te sluiten, dan wel tot een bestaande in Zweden geldende cao toe te treden.

135 EU-Richtlijn 96/71/EG.

136 Noot bij de Viking- en Laval-zaak door Jaspers, SR 2008, 12.

137 T.J.M. Smits, en M.S. Wirtz, 'Uitdagingen voor het Nederlandse cao-stelsel vanuit Europees perspectief bezien', in *De toekomst van het cao-recht*, p. 190.

Samenvattend komen de arresten op het volgende neer. Collectieve acties die de bescherming van werknemers beogen, dienen in beginsel een legitiem doel, maar in het kader van dienstverlening in een andere lidstaat mogen de acties niet gericht zijn op betere arbeidsvoorwaarden dan wat uit de Detacheringsrichtlijn volgt. Wanneer vrij verkeer van vestiging in het gedrang dreigt te komen, dan zijn collectieve acties alleen gerechtvaardigd wanneer arbeidsplaatsen of arbeidsvoorwaarden op het spel staan of ernstig in gevaar zijn. Daarnaast moeten de collectieve acties geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en mogen ze niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van het doel.¹³⁸

In de literatuur is men het niet eens over de eventuele gevolgen van deze arresten voor het Nederlandse stakingsrecht.¹³⁹ Volgens sommigen zullen Laval en Viking niet het Nederlandse recht inperken,¹⁴⁰ anderen zijn daar minder zeker van.¹⁴¹ De Europese vrij verkeerregels vormen tot op heden in ieder geval geen *directe* bedreiging voor het Nederlandse stelsel van collectief onderhandelen.¹⁴² Verschillende schrijvers wijzen er terecht op dat de cao als instrument niet aan waarde of kracht heeft ingeboet.¹⁴³ Ik heb in elk geval hierin geen directe grenzen kunnen ontdekken voor het vormgeven van werkzekerheid middels een cao. De sociale partners moeten echter wel degelijk rekening houden met de ontwikkelingen op dit terrein. De omvang en de inhoud van dit Europese 'speelveld' waar ons cao-stelsel zich inmiddels bevindt, is nog niet volledig uitgekristalliseerd. Wat betreft collectieve acties met een *grensoverschrijdend* karakter is het in elk geval zeker dat de vakbonden zich rekenschap moeten geven van wat het Hof in de zaken Viking en Laval heeft overwogen.¹⁴⁴

5.6.2 Mededingingsrecht en cao's

Het maken van mededingingsbeperkende afspraken op een bepaalde markt van goederen en diensten is bij wet verboden.¹⁴⁵ Een zekere mededingingsbeperkende werking is echter eigen aan collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties.¹⁴⁶ Zij maken immers afspraken over loon, die als 'prijsafspraken' beschouwd kunnen worden. Toch zullen dergelijke overeenkomsten die in

138 Het Handvest van de Grondrechten van de EU gaat uit van gelijkwaardigheid tussen fundamentele rechten als het recht op collectief onderhandelen en de Europese vrijheden. In de zaken Viking en Laval onderzocht het Hof echter alleen of beperking van het vrije verkeer gerechtvaardigd was (en niet omgekeerd). In een aantal andere arresten paste het Hof de afweging tussen rechten en vrijheden 'evenwichtiger' en 'genuanceerder' toe dan in deze twee genoemde arresten, zie bijv. T. van Peijpe, 'Toepassing van EU-grondrechten in nationaal arbeidsrecht', *TRA* 2012/76.

139 Er is zeer veel geschreven over deze arresten in de internationale en de Nederlandse literatuur; de hier genoemde literatuur vormt slechts een greep uit de beschikbare literatuur over dit onderwerp.

140 T. van Peijpe, 'De arresten Laval en Viking en hun gevolgen', *SMA* 2008/4.

141 Zie Smits en Wirtz 2011, p. 189.

142 Smits en Wirtz 2011, p. 193.

143 Smits en Wirtz 2011, p. 193.

144 Smits en Wirtz 2011, p. 187.

145 Deze verboden zijn afkomstig uit het Europese recht (artikel 101 en 102 VWEU), welke in de Nederlandse Mededingingswet zijn neergelegd (artikel 6 en 24 van de Mw).

146 HvJ EU 21 september 1999, C-67/96 (Albany) r.o. 59 en 60.

het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten en die doelstellingen van sociale politiek nastreven *wegens hun aard en hun doel* doorgaans niet onder het verbod van mededingingsafspraken vallen. Dit volgt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU, waarbij de zaak 'Albany' zeer belangrijk is geweest.¹⁴⁷ Bij de totstandkoming van de Nederlandse Mededingingswet is ook expliciet gemeld dat de verbodsbepaling niet van toepassing is op (collectieve) afspraken tussen werkgevers en werknemers voorzover het betreft lonen en andere arbeidsvoorwaarden in de zin van de Wet CAO.¹⁴⁸ De meeste schrijvers verwachten om die reden vanuit het (Europese) mededingingsrecht weinig problemen ten aanzien van de vrijheid van de sociale partners om collectieve afspraken te maken.¹⁴⁹

Het is echter niet zo dat cao's per definitie buiten de werkingssfeer van het (Europese) mededingingsrecht vallen. De collectieve contractsvrijheid kan in het mededingingsrecht weldegelijk meer beperkingen vinden dan traditioneel uit de Wet CAO voortvloeiden, aangezien uit het mededingingsrechtelijk perspectief niet alleen de aard, maar ook de *doelstellingen* van cao's aan onderzoek onderworpen kunnen worden.¹⁵⁰ Hoewel er dus in het kader van het mededingingsrecht in zekere zin 'bescherming' aan cao's is verleend, van 'immuniteit' kan men niet spreken. Het is zeker niet zo dat het mededingingsrecht hier geen enkele betekenis heeft. Zo lijkt het verbod van mededingingsbeperkende afspraken wel te gelden ten aanzien van cao-afspraken over minimumtarieven voor zzp-ers. Hoewel de Wet CAO de werkingssfeer van de cao nadrukkelijk uitbreidt tot zelfstandigen,¹⁵¹ heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa, inmiddels opgegaan in Autoriteit Consument en Markt) in een visiedocument kenbaar gemaakt dat zij van mening is dat cao's in beginsel *geen* minimumtarieven of vaste tarieven voor zelfstandigen mogen vastleggen, omdat dit soort cao-afspraken als mededingingsbeperkende afspraken gezien kunnen worden.¹⁵² Dit is een duidelijk grens aan de collectieve contractsvrijheid.¹⁵³

147 HvJ EU 21 september 1999, C-67/96 (Albany). Over deze zaak is al veel geschreven. Zie bijv. Stege 2004, p. 108-116. Zie naast het Albany-arrest, ook Brentjens C-115-117/96 en Drijvende Bokken C-219/97.

148 Zie de MvT behorend bij de Mededingingswet, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3.

149 Zie bijv. Stege 2004, p. 114; Smits en Wirtz 2011, p. 177.

150 Vlg. D. Ashiagbor, 'Collective Labor Rights and the European Social Model' *Law & Ethics of Human Rights* 2009 vol. 3, nr. 2, p. 240-241. Rigaux spreekt dan ook van 'doelgebonden' collectieve contractsvrijheid, zie M. Rigaux, 'Collectief bedongen werkzekerheid: een vrije reflectie over de grenzen van de subsidiariteit', in M. Rigaux en W. Rauws (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 700 en 703.

151 De cao kan ook betreffen aanneming van werk en overeenkomsten van opdracht, art. 1 lid 2 Wet CAO.

152 Visiedocument NMa, *Cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet*, Den Haag, december 2007.

153 Men kan wel stelling nemen dat ook het visiedocument ruimte laat tariefafspraken te maken voor 'schijnzelfstandigen' (personen die alleen 'op papier' zelfstandigen zijn), zie p. 28 van het visiedocument NMa. Zie hierover ook E. Koot-van der Putte, 'Zzp'ers en de cao: mogelijk en wenselijk?' in *De toekomst van het cao-recht*, p. 59-77. De SER lijkt zich echter neer te leggen bij het algemene uitgangspunt dat zzp'ers zelf (en dus individueel) over hun tarieven moeten onderhandelen, zie *Zzp'ers in beeld: Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel*, SER Advies nr. 2010/04, p. 137.

Wat betreft de 'immuniteit' die aan de cao is verleend kan dus een belangrijke nuancering worden aangebracht. Wanneer een vakbond in het kader van collectief overleg de belangen van zelfstandigen tracht te vertegenwoordigen, kan hij aangemerkt worden als een onderneming of een ondernemersvereniging, waarmee het mededingingsrecht snel een rol kan gaan spelen. Ook een vakbond die uitsluitend werknemers als lid heeft – en dus geen zelfstandigen – kan volgens de NMa onder omstandigheden als onderneming of ondernemersvereniging worden aangemerkt wanneer hij (mede) de belangen van zelfstandigen vertegenwoordigt door bijvoorbeeld (minimum)tarieven voor zelfstandigen in cao's vast te leggen.¹⁵⁴

Bovendien is het niet ongebruikelijk dat in een 'reguliere' cao een bepaling is opgenomen op grond waarvan een of meer nadere overeenkomsten met 'derden' – dus andere dan cao-partijen – moeten worden aangegaan.¹⁵⁵ Het gaat dan meestal om pensioenarrangementen en andere bovenwettelijke verzekeringen, maar men kan in het kader van werkzekerheidsafspraken ook denken aan scholingsafspraken en 'transitiearrangementen'. Bij transitiearrangementen zal het niet zelden gaan om een outplacement- of een uitzendbureau dat de (overtollige) werknemers naar een andere baan moet begeleiden. Dit betreft dan diensten die op de private markt worden verhandeld, waarmee mogelijk een toepassing van het mededingingsrecht op de cao-afpraak in beeld komt. Het in de cao aanwijzen van een derde private partij of in de cao een limitatieve opsomming geven van partijen die een deel van de cao-afpraak ten uitvoer moeten brengen, bijvoorbeeld een outplacementbureau, lijkt vanuit het mededingingsperspectief niet geoorloofd.¹⁵⁶ De cao-partijen moeten zich bij het maken van dergelijke afspraken steeds afvragen of ze met hun afspraak de vrije mededinging op de desbetreffende markt niet te veel beperken.¹⁵⁷ De beperking van de vrije mededinging zal alleen toegestaan zijn indien daarmee een sociaal doel nagestreefd wordt – waarbij we ervan kunnen uitgaan dat het begeleiden van de overtoollige werknemer naar een andere baan een sociaal doel vormt – en de betreffende cao-afpraak geschikt en noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Ook dit vormt een duidelijke begrenzing van de collectieve contractsvrijheid.¹⁵⁸

154 Visiedocument NMa, p. 14.

155 Vlg. noot door K. Boonstra bij HvJ EU 15 juli 2010, C-271/08, TRA 2010/105.

156 HvJ EU 15 juli 2010, C-271/08 (Europese Commissie/Bondsrepubliek Duitsland).

157 Zie noot door K. Boonstra bij HvJ EU 15 juli 2010, C-271/08, TRA 2010/105.

158 Vlg. O.A. Sleeking en R.J. Rok, 'Vervangt het aanbestedingsrecht de contractvrijheid in de private sector?' *Bedrijfsjuridische berichten* 2013/6.

5.6.3 Europese Richtlijnen¹⁵⁹

De meeste facetten van het sociale recht en de sociale politiek kunnen onderworpen worden aan een vorm van Europese regelgeving.¹⁶⁰ Een aantal aspecten is evenwel daarvan nadrukkelijk uitgesloten, te weten 'de beloning, het recht van vereniging, het stakingsrecht of het recht tot uitsluiting'.¹⁶¹ Dit zijn dus gebieden waar de Unie in beginsel geen competenties heeft. Een aantal Richtlijnen heeft redelijk grote gevolgen gehad voor het Nederlandse (cao-)recht. Gelijke behandeling kan aangewezen worden als het gebied waar het Europese recht – inclusief de Richtlijnen – de grootste invloed heeft gehad. Daarnaast zijn de Richtlijn Collectief ontslag, de Richtlijn Overgang van onderneming, maar ook de Uitzendrichtlijn in het kader van cao-recht van belang.

5.6.3.1 Collectief ontslag

Nederland heeft de Richtlijn Collectief ontslag¹⁶² met de Wet melding collectief ontslag (WMCO) geïmplementeerd. Ingevolge artikel 3 van WMCO moet een werkgever die voornemens is de arbeidsovereenkomsten van ten minste twintig werknemers te beëindigen dit ter tijdige raadpleging schriftelijk aan de belanghebbende verenigingen van werknemers melden. Het tweede lid van hetzelfde artikel vermeldt dat de raadpleging ten minste betrekking moet hebben op 'de mogelijkheden om de collectieve ontslagen te voorkomen of in aantal te verminderen' alsook op de mogelijkheid de gevolgen ervan te verzachten, door het nemen van sociale begeleidingsmaatregelen, meer bepaald om bij te dragen tot de herplaatsing of de omscholing van de werknemers ten aanzien van wie bij de werkgever het voornemen bestaat de arbeidsovereenkomst te beëindigen'. Deze regeling is voor de werknemersverenigingen het formele aanknopingspunt om betrokken te worden in het overleg over een voornemen tot collectief ontslag.¹⁶³ De regeling bepaalt bovendien dat de raadpleging van werknemersvertegenwoordigers *ten minste* betrekking heeft op het voorkomen of in aantal verminderen van ontslagen, maar ook op het verzachten van de gevolgen van onvermijdelijk gebleken ontslagen door het nemen van sociale begeleidingsmaatregelen, zoals herplaatsing of omscholing. Aangezien het in Nederland ook voor de Richtlijn gebruikelijk was dat er bij collectieve ontslagen eerst collectief overleg

159 Een EU Richtlijn moet eerst omgezet worden in nationaal recht. Om die reden kunnen deze potentiële grenzen aan de regelingsbevoegdheid van cao-partijen ook onder het algemene Nederlandse arbeidsrecht behandeld worden (zie hieronder). Naast dit 'directe effect' – Richtlijn wordt omgezet in nationale wetgeving – kunnen de Richtlijnen echter ook indirect effect sorteren, bijvoorbeeld door Richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht. Zie bijv. Loth 2009, p. 19. Om die reden en vanwege hun afkomst uit het EU-recht worden deze 'rechtsbronnen' apart behandeld.

160 Zie bijv. A.T.J.M. Jacobs, 'Sociaal recht en sociale politiek na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (deel I)', TRA 2010, 76.

161 Art. 153 lid 5 VWEU.

162 Richtlijn 98/59/EG inzake collectief ontslag.

163 J. Heinsius, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, artikel 3 WMCO, aant. 2. Die bevoegdheid wordt echter ook vaak in de cao neergelegd.

plaatsvond, kan niet gezegd worden dat de Richtlijn in dat opzicht grote invloed heeft gehad op de praktijk, maar zij heeft wel meegebracht dat de mogelijkheid van de sociale partners om over banen te onderhandelen en het verlies van banen te compenseren wettelijk is erkend. Sterker nog, het met de werknemersvertegenwoordigers onderhandelen over het al dan niet reduceren van arbeidsplaatsen en de manier waarop dat verlies aan de individuele werknemer zou moeten worden gecompenseerd is (onder omstandigheden) een wettelijke verplichting van de werkgever geworden. Het gaat hierbij wel om een inspanningsverplichting en niet om een resultaatverplichting. Dit betekent dat ook als er geen overeenstemming komt, de werkgever aan zijn verplichting kan hebben voldaan als hij zich voldoende heeft ingespannen om tot een akkoord te komen.¹⁶⁴ Hij moet de vakbonden *tijdig* geraadpleegd hebben omtrent zijn voornemen de arbeidsovereenkomsten te beëindigen en hij moet 'alle nuttige gegevens' aan de vakbonden hebben verstrekt, waaronder informatie over de bedrijfseconomische positie van het bedrijf.¹⁶⁵ Hiermee is dus wettelijk geregeld dat met de vakbonden niet alleen over de *gevolgen* van de ontslagen overlegd dient te worden, maar ook over het besluit tot collectief ontslag zelf.¹⁶⁶ De Richtlijn heeft een ondersteunende rol voor de praktijk van het collectief overleg, maar dus ook een ondersteunende rol voor de vakbonden.¹⁶⁷

Uit de Richtlijn 98/59/EG en de WMCO kan direct afgeleid worden dat in de ogen van de wetgever de sociale partners tezamen de taak hebben te pogen het collectief ontslag te voorkomen dan wel de gevolgen ervan zoveel mogelijk te verzachten. De werkgever is ingevolge de WMCO echter ook verplicht gelijktijdig schriftelijke melding te doen aan het bevoegd gezag, dat wil zeggen het UWV. Het UWV heeft dan de taak om werkloosheid van de ontslagen werknemers te proberen te voorkomen. Het UWV dient door de werkgever op de hoogte te worden gehouden van de voortgang van de onderhandelingen tussen de werkgever en de belanghebbende werknemersverenigingen. Deze laatste kunnen op hun beurt met het UWV overleg voeren over de mogelijkheden de werknemers elders te werk te stellen. Het bovenstaande leidt tot de volgende conclusie. In het geval er een voornemen bestaat collectieve ontslagen door te voeren, is de juridische ruimte die de cao-partijen hebben om baan- dan wel werkzekerheid te regelen groot. De werknemersvertegenwoordigers hebben het primaat in het besluitvormingsproces omtrent collectieve ontslagen.¹⁶⁸ De werkgever moet – wanneer hij het voornemen heeft twintig of meer werknemers te ontslaan – als het ware een pas op de plaats maken en de werknemersvertegenwoordigers in

164 Heinsius, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, artikel 3 WMCO, aant. 5.

165 Zie Heinsius, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, artikel 3 WMCO, aant. 3 en artikel 4 WMCO, aant. 2.

166 J. van Schaik, 'Externe beïnvloeding van de besluitvorming van ondernemingen bij fusies, reorganisaties en bedrijfssluitingen', in M.G. Rood e.a., *Het collectief arbeidsrecht nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 1984, p. 116.

167 De wet bepaalt voorts dat gedurende een maand overlegd moet worden (tenzij de partijen eerder tot een overeenkomst komen); voor die tijd worden de ontslagvergunningen door het UWV niet verleend, zie art. 5a WMCA.

168 Zie over de raadpleging van de OR en de verhouding tussen de OR en de vakbonden bijv. L.G. Verburg, 'De raadpleging van de ondernemingsraad en vakorganisaties', *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, p. 1-28.

het besluitvormingsproces betrekken.¹⁶⁹ In hoeverre het de werknemersvertegenwoordigers vervolgens lukt om tot een overeenkomst te komen waarmee de ontslagen worden voorkomen dan wel de gevolgen van de ontslag worden verzacht, zal van verschillende factoren afhangen, waaronder de (bedrijfs)economische situatie en de feitelijke onderhandelingsmacht van de werknemersvertegenwoordigers. Dit primaat van de werknemersvertegenwoordigers in het besluitvormingsproces omtrent collectieve ontslagen moet dus in het licht worden gezien van het recht van de werkgever om zijn onderneming zo in te richten als hij wenst: het zogenoemde prerogatief van de werkgever. De Richtlijn en de WMCO tasten het prerogatief van de werkgever niet aan.¹⁷⁰ Dit neemt echter niet weg dat de werkgever en de werknemersvertegenwoordigers tezamen de ruimte wordt gegeven over baan- dan wel werkzekerheid te onderhandelen.

Bij de mogelijkheden ontslagen te verzachten, noemen zowel de Richtlijn als de WMCO het herplaatsen of omscholen van de ontslagen werknemers.¹⁷¹ Deze twee maatregelen zijn te koppelen aan de twee componenten van werkzekerheid: van-baan-naar-baan transitie en inzetbaarheid. Om tot concrete afspraken hieromtrent te komen zal de werkgever ten behoeve van de raadpleging van de werknemersverenigingen tevens in kaart moeten brengen hoe het is gesteld met de inzetbaarheid van elke individuele werknemer die voor ontslag in aanmerking komt. Dan kan immers worden gekeken naar welke specifieke scholingsactiviteiten of andere maatregelen nodig zijn om de betreffende werknemer naar een andere baan te begeleiden. Zonder de informatie omtrent de employability van de betreffende werknemers en zonder specifieke voorstellen om de employability te verhogen wordt het zeer moeilijk om sociale begeleidingsmaatregelen af te spreken die bijdragen tot de herplaatsing of de omscholing van de betreffende werknemers.¹⁷² In de wet wordt deze verplichting niet expliciet genoemd bij de vereiste informatievergathering aan de belanghebbende werknemersverenigingen, toch kan deze verplichting uit de wet worden afgeleid.¹⁷³

5.6.3.2 Overgang van onderneming

Een andere Richtlijn met grote gevolgen voor het Nederlandse arbeidsrecht is de Richtlijn Overgang van onderneming geweest.¹⁷⁴ Deze Richtlijn heeft in de jaren

169 Heinsius beveelt aan het moment van inschakeling van belanghebbende werknemersverenigingen zoals de WMCO die regelt, te vervroegen, zie J. Heinsius, *Collectief ontslagrecht. Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving*, diss. Leiden, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004, p. 152-158.

170 F. Hendrickx, 'Flexicurity and the EU approach to the law on dismissal', *Tilburg Law Review* 2007 vol. 14 nr. 1-2, p. 92.

171 Art. 2 lid 2 Richtlijn 98/59/EG en art. 3 lid 2 WMCO.

172 Vlg. J. Heinsius, 'Scholing in het collectieve ontslagrecht', in: G.J.J. Heerma van Voss (red.), *Scholing in het sociaal recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 210.

173 Ibid.

174 De Richtlijn 2001/23 EG/vervangt de ingetrokken Richtlijn 98/50 EG. Art. 7:662 tot en met 7:666 BW beogen uitvoering te geven aan de Richtlijn nr. 98/50/EG. Verdere codificatie van de Richtlijn heeft plaatsgevonden in Wet CAO (art. 14a) en Wet AVV (art. 2a).

zeventig het licht gezien, toen de noodzaak gevoeld werd om beschermende bepalingen op sociaal gebied in het leven te roepen waardoor de eventuele negatieve gevolgen van fusies en concentraties van bedrijven voor werknemers in elk geval beperkt konden worden.¹⁷⁵ De kern van de Richtlijn vormt het beginsel dat bij een overgang van (een deel van de) onderneming de werknemers van de overgenomen onderneming hun arbeidsovereenkomst en arbeidsvoorwaarden behouden.¹⁷⁶ De werknemers komen *automatisch* in dienst bij de nieuwe eigenaar van het bedrijf (de verkrijger), wat wil zeggen dat ze niet een nieuw contract hoeven te sluiten, en zij nemen alle rechten en plichten mee, die ze ten tijde van de overgang bij de oude eigenaar (de vervreemder) hadden. Daarnaast is bepaald dat overgang van onderneming *op zichzelf* geen reden mag zijn voor ontslag.¹⁷⁷ Ontslag wegens een andere reden dan overgang van onderneming is wel mogelijk. De Richtlijn bepaalt uitdrukkelijk dat er geen beletsel bestaat voor ontslagen om *economische, technische of organisatorische redenen* (de zogenoemde eto-redenen) die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen.¹⁷⁸ In het arrest Daddy's Dance Hall heeft het Hof van Justitie van de EU de bescherming van de werknemers als het ware uitgebreid door te oordelen dat werknemers niet kunnen afzien van de rechten die de Richtlijn hen toekent. Hun rechten mogen ook niet worden verminderd, zelfs wanneer ze daarmee instemmen.¹⁷⁹

Bij een overgang van onderneming zijn in veel gevallen de vakbonden betrokken.¹⁸⁰ Toch is de rol van het collectieve overleg bij de overgang van onderneming veel kleiner dan bij collectieve ontslagen. De speelruimte voor onderhandelingen is in dit geval namelijk veel kleiner, aangezien de Richtlijn Overgang van onderneming zelf de rechtsgevolgen van de overgang ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden regelt. Cao-partijen kunnen bijvoorbeeld niet onderhandelen over welke werknemers mee overgaan en welke niet, daar de Richtlijn regelt dat *alle* werknemers mee overgaan.¹⁸¹ Ze kunnen ook niet onderhandelen onder welke voorwaarden de werknemers overgaan: ze behouden hun oude voorwaarden.¹⁸²

Dit wil echter niet zeggen dat cao-partijen in de praktijk geen afspraken maken die betrekking kunnen hebben op de overgang van een onderneming. Dergelijke cao-afspraken kunnen met name gevonden worden in sectoren waar opdrachten vaak

175 F. Hendrickx, 'Flexicurity and the EU approach to the law on dismissal', *Tilburg Law Review* 2007 vol. 14 nr. 1-2, p. 92.

176 Dit is neergelegd in art. 7:663 BW.

177 Dit voorschrift is geïmplementeerd in het ontslagverbod van art. 7:670 lid 8 BW.

178 Het is niet altijd duidelijk wanneer deze redenen bestaan, zie o.a. R.M. Beltzer en E.M. Hoogveen, 'Overgang van onderneming', *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, p. 146.

179 HvJ EU 10 februari 1988, NJ 1990/423.

180 J. van Schaik, 'Externe beïnvloeding van de besluitvorming van ondernemingen bij fusies, reorganisaties en bedrijfssluitingen', in M.G. Rood e.a., *Het collectief arbeidsrecht nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 1984, p. 115.

181 Ibid. Er kunnen zich wel twijfelgevallen voordoen wanneer slechts een deel van een onderneming wordt overgedragen.

182 Dit geldt in principe niet ten aanzien van de pensioenrechten, zie art. 7:664 BW en art. 14a lid 3 Wet CAO.

op basis van een aanbestedingsprocedure worden toegewezen. Voorbeelden zijn decatering-, de schoonmaak- en de particuliere beveiligingsbranche.¹⁸³ In de betreffende cao-bepalingen wordt bijvoorbeeld voorgeschreven dat de onderneming die de aanbestedingsprocedure wint (een deel van) de werknemers van de oude onderneming moet overnemen. De cao bepaalt dan ook onder welke voorwaarden de werknemers in dat geval 'overgaan'. Onder omstandigheden kan hier dus sprake zijn van een overgang van onderneming in de zin van art. 7:663 BW.¹⁸⁴

Wanneer dat het geval is, wordt de vraag relevant of dit soort cao-bepalingen in lijn zijn met de Richtlijn overgang van onderneming. Zo komt het bijvoorbeeld voor dat de cao de verkrijgende werkgever mogelijkheden biedt om de arbeidsovereenkomsten van de werknemers die hij mee verkrijgt te wijzigen dan wel te beëindigen onder de in de cao genoemde voorwaarden. De cao schrijft dan meestal voor welke compenserende maatregelen de werkgever moet doorvoeren ten aanzien van de werknemer wiens arbeidsvoorwaarden hij wil wijzigen, dan wel beëindigen. De Richtlijn bepaalt dat de arbeidsvoorwaarden zoals ze golden op het tijdstip van de overgang mee overgaan op de verkrijger. De Richtlijn bevat echter geen artikel omtrent de *wijziging van arbeidsvoorwaarden*. Voor de beantwoording van de vraag of de verkrijger de arbeidsvoorwaarden mag wijzigen moet men daarom kijken naar de mogelijkheden die het *nationale recht* daartoe biedt. De overgang van onderneming mag echter nooit *op zich* grond voor de wijziging zijn, zo heeft het Hof in Daddy's Dance Hall geoordeeld.¹⁸⁵

Of cao-partijen bij cao de voorwaarden mogen bepalen waaronder de werkgever in dit soort gevallen de arbeidsvoorwaarden eenzijdig mag wijzigen is discutabel. Een dergelijke cao-bepaling kan aangemerkt worden als een eenzijdig wijzigingsbeding (artikel 7:613 BW). Het is de vraag of een eenzijdig wijzigingsbeding ook bij cao overeengekomen kan worden.¹⁸⁶ Al zouden we van die mogelijkheid uitgaan, dan nog moet geconstateerd worden dat het gebruik van dergelijk bedingen in de cao in elk geval begrensd wordt door voornoemde rechtspraak van het HvJ EU.¹⁸⁷ De heersende

183 Zie voor gevonden voorbeelden uit eigen onderzoek hoofdstuk 6, paragraaf 6.5.3.

184 Art. 7:662 BW bepaalt dat sprake is van een 'overgang' wanneer ten gevolge van een overeenkomst, fusie of splitsing een economische eenheid overgaat die haar identiteit behoudt. Al deze begrippen (overeenkomst, economische eenheid, etc) plegen ruim te worden uitgelegd. Er hoeft hier bijv. geen sprake te zijn van eigendomsverdracht, zie HvJ EG 15 december 2005, *JAR* 2006/19 (Securicor). Zie verder bijv. R.M. Beltzer, Commentaar op artikel 662 Boek 7, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*.

185 Het is niet helemaal duidelijk wat het HvJ EU hier precies mee bedoelt. Zie ook noot van Haanappel-van der Burg, bij Ktr. Amsterdam 8 mei 2012, *JAR* 2012/158; S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, diss. Tilburg 2003, p. 125-126.

186 Uit de parlementaire behandeling van art. 7:613 BW blijkt dat het beding in de arbeidsovereenkomst zelf moet zijn opgenomen. De literatuur is echter verdeeld over dit punt. De meerderheid is van mening dat een dergelijk beding wel in een cao opgenomen kan worden, zie M. Holtzer, W.A. Zondag en B. Degelink, 'Wijziging van arbeidsvoorwaarden', *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, p. 157-160. De HR lijkt dit onder bepaalde voorwaarden toe te staan, zie HR 19 maart 2011, *JAR* 2011/108 m.nt. Zondag.

187 Tot die conclusie komt ook Haanappel-van der Burg, zie haar noot bij Ktr. Amsterdam 8 mei 2012, *JAR* 2012/15.

mening in de literatuur is dat wijziging van arbeidsvoorwaarden wel toegestaan is indien sprake is van de eerdergenoemde eto-redenen.¹⁸⁸ Zoals gezegd, mag de overgang van onderneming echter niet de reden zijn voor wijziging van arbeidsvoorwaarden. Zulke wijzigingen die direct verband houden met de overgang van onderneming zijn verboden, ook wanneer de wijzigingen uiteindelijk niet nadelig zijn voor de werknemers.¹⁸⁹ Dit is een juridische begrenzing waar cao-partijen rekening mee moeten houden. De bescherming die de wet biedt bij overgang van onderneming is van openbare orde. Rechteren zullen een wijziging van arbeidsvoorwaarden bij overgang van onderneming streng toetsen, ook wanneer de wijziging door de cao gerechtvaardigd wordt.¹⁹⁰ Wanneer partijen dus in een cao overeenkomen dat de werkgever de arbeidsvoorwaarden *bij contractwisseling* mag wijzigen – zoals dat het geval is bij de cao voor de Cateringbranche – en de werkgever heeft geen andere (eto-)reden voor de wijziging, dan is de kans aanzienlijk dat de werknemer zich succesvol tegen de wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden kan verzetten.¹⁹¹

5.6.3.3 De Uitzendrichtlijn

De Uitzendrichtlijn¹⁹² heeft als doel gelijke behandeling van uitzendkrachten te bewerkstelligen waar het 'essentiële arbeidsvoorwaarden' betreft. Op grond van deze Richtlijn dienen de uitzendkrachten hetzelfde te worden behandeld als de werknemers die in dienst zijn van het inlenende bedrijf wat betreft het loon, arbeidstijden, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie en feestdagen.¹⁹³ De Richtlijn biedt echter verschillende mogelijkheden om van dit beginsel van gelijke behandeling af te wijken. De belangrijkste afwijkingsmogelijkheid wordt in feite aan cao-partijen geboden. Van gelijke behandeling op de genoemde punten kan namelijk bij cao afgeweken worden, met inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten en onder eventueel op nationaal niveau te definiëren voorwaarden.¹⁹⁴ *Op dit punt* heeft de Richtlijn geen verandering gebracht in de Nederlandse situatie, waar de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) afwijking bij cao al toestond.¹⁹⁵

188 Zie bijv. Holtzer e.a., p. 178; zie eerder J.M. van Slooten, 'Overgang van onderneming en bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden', *ArbeidsRecht* 2000/31, p. 15; R.M. Beltzer, 'Dertig jaar overgang van onderneming – een lijst van wensen', *SMA* 2007 nr. 2, p. 67-68.

189 Dit volgt uit het Daddy's Dance Hall-arrest, zie ook Holtzer e.a., p. 179-180.

190 Zie bijv. Ktr. Amsterdam 8 mei 2012, *JAR* 2012/158; Hof Den Bosch 17 juli 2007, *JAR* 2007/211.

191 De werknemer kan een ontbindingsverzoek indienen wanneer de overgang van onderneming 'een wijziging van de omstandigheden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft', waarbij de reden voor ontslag voor rekening van de werkgever komt, zie art. 7:665 BW. Sommige menen dat dan sprake moet zijn van een 'aanmerkelijke wijziging' (zie bijv. Holtzer e.a. p. 180), anderen bestrijden dit nadrukkelijk (zie bijv. Beltzer en Hoogveen, p. 147).

192 Richtlijn 2008/104/EG. Zie o.a. K.H. Hermans en M.S. Houwerzijl, 'Verbeterde positie uitzendkracht en uitzendarbeid', *TRA* 2009/60.

193 Art. 3 lid 1 onderdeel f Uitzendrichtlijn.

194 Art. 5 lid 3 Uitzendrichtlijn.

195 F.B.J. Grapperhaus, Commentaar op artikel 690 Boek 7 van het BW, *Tekst en Commentaar Arbeidsrecht*.

De gelijke behandeling van uitzendkrachten is geregeld in artikel 8 van de Waadi.¹⁹⁶ Daarin is geregeld dat de uitzendkracht recht heeft op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers, werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de inlener. Dit betekent dat in de regel de inleen-cao dient te worden gevolgd. Van die regel kan echter bij cao worden afgeweken. Dit kan zowel de uitzend- als de inleen-cao zijn. Als die afwijking in duur is beperkt, moet bij die cao ook zijn voorzien in een regeling op grond waarvan misbruik door elkaar opvolgende perioden van terbeschikkingstelling wordt voorkomen. Wanneer de afwijking in een inleen-cao is opgenomen is dit alleen rechtsgeldig, wanneer de inleen-cao tegelijkertijd voorschrijft dat de inlener verplicht is *zich ervan te verzekeren* dat de uitzendkracht alle arbeidsvoorwaarden conform de inleen-cao geniet.¹⁹⁷ Er kan zich dus het probleem voordoen dat de uitzendonderneming een (eigen) cao hanteert waarin de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten zijn geregeld, maar de inlener van de uitzendkracht ook een cao hanteert waarin specifieke bepalingen over de uitzendkrachten zijn opgenomen. Dit zogenoemde 'samenloop' van cao's doet zich tamelijk vaak voor.¹⁹⁸ Het is dan de vraag welke bepalingen vóór gaan: de inleen-cao of de uitzend-cao.

De Waadi biedt geen oplossing voor dit probleem. Het probleem van de samenloop is expliciet aan de contracterende cao-partijen overgelaten.¹⁹⁹ Het is aan hen om de werkingssfeer goed af te bakenen en deze zorgvuldig en duidelijk te formuleren.²⁰⁰ In de praktijk blijken echter regelmatig knelpunten voor te komen met betrekking tot de toepasselijke cao-lonen.²⁰¹ Op de meeste (bonafide) uitzendbureaus zal een uitzend-cao van toepassing zijn.²⁰² De ABU-cao is algemeen verbindend verklaard.²⁰³ Uit mijn eigen onderzoek blijkt dat veel cao's eigen bepalingen omtrent de beloning van

196 Dit artikel is in 2012 gewijzigd als gevolg van de implementatie van de Uitzendrichtlijn.

197 Uit mijn onderzoek blijkt dat de inleen-cao soms bepaalt dat de werkgever de naleving van de cao ten opzichte van de uitzendkrachten dient te 'bevorderen' (zie bijv. art. 3 lid 1 cao Recreatie). Het is de vraag of dit voldoende is in het licht van het vereiste uit art. 8 lid 3 Waadi.

198 Zie hierover bijv. A.Ph.C.M. Jaspers, 'De Gordiaanse knoop van samenlopende CAO's' SR 2005, 71; E.N. Franx-Schaap e.a., 'Samenloop: op zijn beloop laten of de knoop ontrafelen?', in *De toekomst van het cao-recht*, p. 151-172.

199 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 264, nr. 7, p. 2-3.

200 Franx-Schaap 2011, p. 170.

201 Bijv. M. Tanja en C.M.E.P. van Lent, 'De contradictio in terminis van de loonverhoudingsnorm' *ArbeidsRecht* 2008/11. Eerder al C.J. Loonstra, 'Uitzend- of inleen-CAO? De loonverhoudingsnorm van art. 8 Waadi', *Ondernemingsrecht* 1999, nr. 3, p. 69. Zie anders M.A. van Haelst, 'ABU-CAO en de knelpunten van de loonverhoudingsnorm', *ArbeidsRecht* 2005, 52, die afgaat op het kleine aantal gepubliceerde uitspraken hierover.

202 Zie over collectief onderhandelen in de uitzendsector bijv. W.G.M. Plessen, 'Een essentiële fase in het uitzendrecht' in A.T.J.M. Jacobs en F.J.L. Pennings (red.) *Een inspirerende fase in het sociaal recht*, Zutphen: Paris, 2007, p. 185-199.

203 De ABU-cao 2004-2009 en 2009-2014 beperkte de conflictmogelijkheid van samenlopende cao's tot de eerste 26 weken. De nieuwe ABU-cao die ingaat op 5 november 2012 bepaalt echter dat de uitzendkracht vanaf de eerste dag loon krijgt dat gebaseerd is op de arbeidsvoorwaarden van de inlener. Voor specifieke groepen willen de cao-partijen de lonen echter in de uitzend-cao regelen. Op het moment van schrijven was nog niet bekend welke groepen dit zijn. Zie <http://www.abu.nl/nieuwsberichten/website/persberichten/akkoord-nieuwe-vijfjarige-cao-voor-uitzendkrachten>, website bezocht op 10 augustus 2012.

uitzendkrachten hebben.²⁰⁴ De wet en de Uitzendrichtlijn bieden cao-partijen nog steeds aanzienlijke ruimte om zelf de arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten te bepalen.

Dit is echter anders ten aanzien van de *inzet* van uitzendkrachten. De Uitzendrichtlijn bevat nog een ander doel, maar een even belangrijk doel als gelijke behandeling. Dit andere doel is namelijk de liberalisering van de uitzendmarkt. De Richtlijn verplicht de lidstaten om eventuele beperkingen van of een eventueel verbod op het inzetten van uitzendkrachten voor 5 december 2011 te 'heroverwegen'.²⁰⁵ Met heroverwegen wordt bedoeld dat nagegaan moet worden of de beperkingen dan wel de aanwezige verboden op het gebruik van uitzendarbeid nog steeds gerechtvaardigd zijn. De Uitzendrichtlijn bepaalt ook wanneer de beperkingen of verboden gerechtvaardigd zijn. Dit kan alleen het geval zijn als hiervoor redenen van algemeen belang zijn aan te voeren, gelegen in 'met name [...] de bescherming van de uitzendkrachten, de eisen ten aanzien van de gezondheid en veiligheid op het werk of de noodzaak de goede werking van de arbeidsmarkt te garanderen, en misbruik te voorkomen'. In de literatuur verwacht men geen belangrijke effecten van de Uitzendrichtlijn op dit punt. 'In verhouding tot veel andere lidstaten kennen wij nauwelijks beperkingen op de inzet van uitzendarbeid'.²⁰⁶ Die constatering moet echter wellicht enigszins genuanceerd worden wanneer men de cao's mede in aanmerking neemt. In cao's kan de inzet van uitzendkrachten beperkt of wellicht in het geheel uitgesloten zijn. Dit is één van de manieren waarop cao-partijen baan- of werkzekerheid kunnen vergroten. In volgend hoofdstuk wordt bekeken in hoeverre dit daadwerkelijk gebeurt, maar *dat* het gebeurt, staat vast. Reeds hebben werkgevers zich immers beroepen op strijd met de Uitzendrichtlijn waar het maximering van het aantal uitzendkrachten in de cao betreft.²⁰⁷

De sociale partners in de Stichting van de Arbeid hebben eind 2011 dergelijke categorieën cao-bepalingen ook inderdaad heroverwogen.²⁰⁸ De inventarisatie heeft echter zeker niet voor alle categorieën cao-bepalingen tot een gelijkkluidend oordeel van werkgevers en werknemers geleid. De werkgeversvertegenwoordigers zijn geneigd bijna alle beperkingen op de inzet van uitzendkrachten als ongerechtvaardigd te bestempelen, terwijl de werknemers in de StvdA sommige categorieën bepalingen juist in lijn met de Uitzendrichtlijn achten.²⁰⁹ Zelfs bepalingen die een maximering beogen van de uitzendkrachten in een bedrijf of sector en die

204 Zie het volgende hoofdstuk.

205 Art. 4 Uitzendrichtlijn.

206 K.H. Hermans en M.S. Houwerzijl, 'Verbeterde positie uitzendkracht en uitzendarbeid', TRA 2009/60.

207 Rb. Haarlem, 11 mei 2012, JAR 2012/166 (FNV Bondgenoten/Albert Heijn BV). De rechter is aan dit verweer niet toegekomen.

208 *Analyse van de Stichting van de Arbeid ten behoeve van de heroverweging met betrekking tot beperkingen en verbodsbepalingen op de inzet van uitzendarbeid in cao's*, StvdA, 29 november 2011.

209 Bijv. t.a.v. cao-bepalingen waarin de inlenersbeloning eerder van toepassing is verklaard dan na 26 gewerkte weken of de inlenersbeloning uitgebreid is t.o.v. van hetgeen de Stichting eerder heeft aanbevolen, zie StvdA 2011, p. 8-9.

maximering in een aantal of in een percentage uitdrukken, achten de werknemersvertegenwoordigers niet per definitie ongerechtvaardigd. Een toelichting is nodig van decentrale cao-partijen om dit uit te kunnen maken. Volgens hen kan 'de noodzaak de goede werking van de arbeidsmarkt te garanderen en misbruik te voorkomen' dergelijke bepalingen toch rechtvaardigen.²¹⁰ De werknemersvertegenwoordigers in de StvdA wijzen daarbij op de preambule van de Uitzendrichtlijn waarin staat dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de algemene vorm van arbeidsverhouding zijn.

Nu is het nog niet duidelijk welke gevolgen de Europese Commissie zal verbinden aan de rapportages over de uitkomsten van de heroverweging die de lidstaten haar naar aanleiding van de Uitzendrichtlijn uiterlijk in december 2011 hebben moeten toesturen.²¹¹ Op dit punt hoeven de sociale partners – en dan met name de werknemersorganisaties – mijns inziens dan ook geen dwingende gevolgen aan de Uitzendrichtlijn te verbinden. Zij hebben de beperkingen immers heroverwogen en ze hebben op veel punten geen eensluidende conclusie kunnen trekken met betrekking tot de vraag of de beperkingen gerechtvaardigd zijn in het licht van artikel 4, eerste lid, van de Richtlijn. Daarmee is aan de verplichting die uit de Richtlijn voortvloeit voldaan.

Het is echter zeker niet ondenkbaar dat een andere uitleg aan de Uitzendrichtlijn (bijvoorbeeld door de Europese Commissie) wordt gegeven. De Uitzendrichtlijn verklaart inderdaad de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de algemene vorm van arbeidsverhouding zijn, maar zij is *niet* gericht op bevordering van een totstandkoming van een arbeidsverhouding tussen de inlener en de uitzendkracht.²¹² Zij wil slechts bepaalde belemmeringen voor een totstandkoming opheffen. Zij is er ook niet op gericht de tijdelijkheid van de arbeidsrelaties die uitzendkrachten hebben op een of andere manier te beperken, bijvoorbeeld door – zoals de Richtlijn voor bepaalde tijd contracten dat doet – het aantal van opeenvolgende contracten te maximeren.²¹³ Het enige waar de Richtlijn voor staat – naast de liberalisering van de uitzendmarkt – is een 'minimale' gelijke behandeling van uitzendkrachten ten opzichte van de werknemers in dienst bij de inlener. Het is dan ook niet ondenkbaar dat cao-bepalingen die direct de inzet van uitzendkrachten beperken, zoals de bepalingen die het aantal uitzendkrachten maximeren, in het licht van de Uitzendrichtlijn ongeoorloofd worden geacht. Een dergelijke lezing van de Uitzendrichtlijn kan ik – gezien haar nevensdoel de uitzendmarkt te liberaliseren – niet uitsluiten. Het is om die reden niet ondenkbaar dat de cao-partijen op dit punt met wezenlijke juridische barrières te maken krijgen.²¹⁴

210 StvdA 2011, p. 10-11.

211 Vlg. C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014, p. 345.

212 Daarvoor acht ik de verplichte vacaturemelding en het belemmeringsverbod onvoldoende.

213 Zie ook N. Countouris en R. Horton, 'The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise?' *Industrial Law Journal* 2009 vol. 38, nr. 3, p. 338.

214 Zie over dit onderwerp ook het volgende hoofdstuk.

5.7 Het Nederlandse arbeidsrecht als grens van de collectieve contractsvrijheid

De duidelijkste en waarschijnlijk de belangrijkste beperkingen van de (collectieve) contractsvrijheid vormen de dwingende wetsbepalingen in het Nederlandse arbeidsrecht. Net als partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst moeten cao-partijen de dwingendrechtelijke wettelijke bepalingen respecteren.²¹⁵ Niet alle wettelijke bepalingen zijn dwingend. Er bestaan ook semidwingende bepalingen en bepalingen die als aanvullend recht getypeerd kunnen worden.²¹⁶ Daarnaast zijn veel dwingende bepalingen in het arbeidsrecht *minimumbepalingen*. Dat betekent dat zowel in de individuele arbeidsovereenkomst als in de cao hiervan ten gunste van de werknemer mag worden afgeweken. Bij sommige wettelijke bepalingen hebben cao-partijen echter als enige partijen de mogelijkheid om ervan – ook ten nadele van de werknemer – af te wijken.²¹⁷ Dit zijn *driekwart dwingende* bepalingen. Door deze techniek te gebruiken komt de wetgever tegemoet aan de vraag naar meer flexibiliteit en decentralisatie in het arbeidsrecht.²¹⁸ Als de afwijking van de wettelijke norm het resultaat is van collectieve onderhandelingen wordt geacht het belang van de werknemers voldoende gewaarborgd te zijn.²¹⁹ De contractsvrijheid van cao-partijen wordt hiermee dus vergroot; zij is duidelijk soms ruimer dan die van individuele partijen bij een arbeidsovereenkomst.²²⁰

Ondanks het beschermende karakter van veel arbeidsrechtelijke bepalingen, kent het arbeidsrecht ook veel 'open normen'. Een open norm is bijvoorbeeld de verplichting van de partijen zich als goed werkgever en goed werknemer te gedragen (artikel 7:611 BW), de zorgplicht van de werkgever om schade te voorkomen (artikel 7:658 BW) en de voorwaarde van het bestaan van een dringende reden bij ontslag op staande voet (artikel 7:677 BW). Hierdoor biedt het recht toch ruimte voor 'maatwerk', ook op individueel niveau.²²¹ Bij deze open normen kan immers van een kleine middenstander niet hetzelfde worden verwacht als van een multinational.²²² Dit soort normen leent zich door de aard echter niet voor afwijking door cao-partijen.²²³

De wet biedt dus soms expliciet de ruimte aan cao-partijen van de wet af te wijken waar die ruimte niet aan individuele partijen wordt geboden, maar soms is die ruimte er (ook) voor cao-partijen niet. De collectieve afspraken moeten zich dan schikken

215 E. Verhulp, Aantek. 14 bij art. 1 Wet CAO, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*.

216 Zie bijv. Loth 2009, p. 17; A.R. Houweling en L.J.M. Langedijk, 'Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture', *ArA* 2011 vol. 10 nr. 1, p. 9-32.

217 Ook bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan dan meestal worden afgeweken.

218 Houweling en Langedijk 2011, p. 19.

219 Zie bijv. Houweling en Langedijk 2011, p. 14. De schrijvers stellen vast dat veel driekwartdwingend recht vooral buiten het arbeidsovereenkomstenrecht te vinden is, zoals in de Arbeidstijdenwet.

220 E. Verhulp, Aantek. 14 bij art. 1 Wet CAO, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*.

221 Houweling en Langedijk 2011, p. 24-25.

222 E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?*, Amsterdam: Vossiuspress UvA 2003, p. 10.

223 G.J.J. Heerma van Voss, 'Driekwart dwingend recht', in: R.A.A. Duk e.a. (red.), *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 126-128.

naar de dwingende wetsbepalingen. Rigaux noemt de cao dan ook een ondergeschikte rechtsbron.²²⁴ Hier is de vraag van belang welke wettelijke ruimte er in dat opzicht bestaat wanneer de cao-partijen over baan- dan wel werkzekerheid willen onderhandelen. In hoofdstuk 2 is een aantal deelgebieden of componenten van baan- en werkzekerheid geformuleerd ten aanzien waarvan cao-partijen in cao's afspraken zouden kunnen maken. Wat werkzekerheid betreft zijn dat voornamelijk het component inzetbaarheid en het component transitie; wat baanzekerheid betreft, gaat het met name om ontslagbescherming en de arbeidsorganisatie binnen de onderneming. Ten aanzien van beide zekerheden gaat het ook om het werkgelegenheidsbeleid en het aanstellings- en wervingsbeleid van ondernemingen. De vraag is nu wat is er ten aanzien van deze onderwerpen in de wet is geregeld en welke mogelijkheden biedt de wet aan cao-partijen om van de wet af te wijken dan wel eigen regelingen te maken.

5.7.1 Inzetbaarheid en transitie in cao's

Over inzetbaarheid is in de wet momenteel weinig tot niets geregeld. Scholing van werknemers is in elk geval nauwelijks geregeld in het sociaal recht.²²⁵ Er bestaat dan ook geen expliciete wettelijke verplichting voor de werkgever om te investeren in de inzetbaarheid van de werknemer.²²⁶ Uit de praktijk blijkt dat dit juist het terrein is van collectieve overeenkomsten.²²⁷ Van enige strijdigheid met regels van dwingend recht kan hier dan ook geen sprake zijn.

Dit geldt echter niet ten aanzien van interne transities (of transities bij dezelfde werkgever), die voor een groot gedeelte beheerst worden door de regels omtrent de wijziging van arbeidsvoorwaarden. Deze versie van transities komt hieronder aan bod bij het arbeidsorganisatiebeleid.²²⁸ Externe transities daarentegen – waar hier meer de nadruk op ligt – komen als onderwerp van regeling in het arbeidsrecht nauwelijks aan de orde, aangezien de werknemer in dat geval met een andere werkgever een arbeidsovereenkomst sluit. Het arbeidsrecht kent niet een leerstuk 'overgang van werknemer', zoals er wel regels over de overgang van een onderneming zijn. Indien de periodes tussen de twee dienstverbanden elkaar niet meteen opvolgen en de werknemer dus werkloos raakt kan wel het socialezekerheidsrecht en dan met name de Werkloosheidswet een belangrijke rol spelen voor de positie van de inmiddels ex-werknemer. Zo kan bijvoorbeeld het feit dat de werknemer geweigerd heeft een transitie te maken naar een andere baan gevolgen hebben voor zijn

224 M. Rigaux, 'Collectief bedongen werkzekerheid: een vrije reflectie over de grenzen van de subsidiariteit', in M. Rigaux en W. Rauws (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 704-705.

225 G.J.J. Heerma van Voss (red.) *Scholing in het sociaal recht*, Kluwer: Deventer 2008, p. 295.

226 In het Sociaal Akkoord van 2013 is opgenomen dat sociale partners wensen dat in het BW wordt opgenomen dat de werkgever als goed werkgever verplicht is om in de werknemer te investeren en voorzieningen te treffen 'voor toekomstige (vrijwillige of gedwongen) mobiliteit naar buiten'. Daarnaast zou in de wet moeten staan dat het bij 'goede werknemerschap' hoort dat de werknemer investeert in eigen employability, zie StvdA 2013, p. 29.

227 Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 6.

228 Zie paragraaf 5.7.5.

aanspraak op de werkloosheidsuitkering in die zin dat er mogelijk sprake zal zijn van verwijtbare werkloosheid, zelfs als de werknemer 'arbeidsrechtelijk gezien' de nieuwe baan mocht weigeren.²²⁹ Ook wanneer de werknemer een nieuwe baan heeft aanvaard (bij dezelfde of een andere werkgever), waarbij hij een lager loon verdient en hij raakt daarna toch werkloos, dan kan het feit dat hij die transitie heeft gemaakt tot gevolg hebben dat zijn werkloosheidsuitkering lager is. De transitie naar een lager betaalde baan is dan de oorzaak voor een lagere werkloosheidsuitkering. Dit zijn zaken waar de werknemers vermoedelijk rekening mee zullen houden wanneer het aankomt op transities van de ene naar de andere baan, wat betekent dat de hen vertegenwoordigende cao-partijen dit ook zullen (moeten) doen.²³⁰

Daar er geen specifieke wettelijke regels bestaan omtrent de 'overgang van de werknemer' noch over het op peil houden van de inzetbaarheid van de werknemer is de ruimte van cao-partijen om hierover regelingen te treffen groot.²³¹ Dit betreft zowel de financiële regelingen als de regelingen in de sfeer van (sociale) begeleidingsmaatregelen. Het is dan ook bekend dat er in cao's en sociale plannen op dit vlak een verscheidenheid aan maatregelen te vinden is.²³² Vooralsnog worden aan het regelingsbereik van cao-partijen op het gebied van externe transities en inzetbaar hetgeen directe juridische grenzen gesteld in de vorm van wettelijke regelingen, hoewel de mogelijke invloed van het socialezekerheidsrecht niet vergeten moet worden. Sociale partners hebben op dit gebied nog steeds het primaat en ze zijn in dit opzicht daadwerkelijk belangrijk, aangezien bij het ontbreken van cao-afspraken over externe transities of inzetbaarheid voor de werkgever uit de wet verder geen 'harde' verplichtingen op dit vlak voortvloeien.²³³

5.7.2 Het ontslagrecht en cao's

In het vorige hoofdstuk is beargumenteerd dat het gehele ontslagrecht direct met baan- én werkzekerheid verbonden is. Het vereiste van een geldige reden voor ontslag en het preventief toetsen van de ontslagen leiden ertoe dat zolang er geen geldige reden voor ontslag is en zolang de werkgever de juiste procedures voor

229 M.J.A.C. Driessen en N. Gundt, 'Gevaarlijke crisismix: Wijziging van de arbeidsovereenkomst en verwijtbare werkloosheid', *TRA* 2013/66.

230 In art. 12 Dagloonbesluit Werknemersverzekeringen is de dagloongarantie WW geregeld. Wanneer de werknemer een lager betaalde baan aanvaardt *tijdens* de WW-uitkering, waarna hij binnen 36 maanden opnieuw zijn baan verliest, dan wordt het WW-dagloon niet lager vastgesteld dan het dagloon behorende bij het eerdere, hogere loon. In het Sociaal Akkoord van 2013 is afgesproken dat de WW-dagloongarantie ook zou moeten gelden bij transities van werk naar werk waarbij beide banen op elkaar aansluiten en men dus niet eerst werkloos wordt. De consequenties van werkaanvaarding tegen een lager loon zouden dan 'niet volledig voor rekening komen van werknemers', zie Sociaal Akkoord 2013, p. 36.

231 Zij kunnen wel – alsook in dit hoofdstuk naar voren komt – door andere juridische grenzen, zoals de gelijke behandeling, beperkt worden in het geheel naar eigen inzicht vormgeven van deze regelingen.

232 Zie voor eigen onderzoek hoofdstuk 6.

233 Met 'harde' verplichtingen bedoel ik ondubbelzinnige en in alle gevallen geldende verplichtingen. Onder omstandigheden kan bij ontslag van een goed werkgever wel verwacht worden dat hij voorzieningen treft om de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te verzachten, zie hierover hoofdstuk 4.

ontslag niet heeft gevolgd, de werknemer zijn baan behoudt. Ook kan onder omstandigheden voor de werkgever de verplichting bestaan om binnen zijn mogelijkheden inspanningen te verrichten om de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te verzachten. Hier komen de werkzekerheidscomponenten inzetbaarheid en transitie naar voren.²³⁴ De vraag is welke juridische ruimte de cao-partijen hebben om het toepasselijke ontslagrecht aan te passen en zo de baan- of werkzekerheid te beïnvloeden. Heerma van Voss stelt dat de meest 'interessante mogelijkheid' om afwijking door cao-partijen toe te staan juist in het ontslagrecht is gelegen. Hij heeft voorgesteld op dit vlak meer driekwartdwingend recht te introduceren.²³⁵ Momenteel is de rol van cao's in het toepasselijke ontslagrecht echter beperkt, maar dat kan met het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid zeker gaan veranderen.²³⁶

5.7.2.1 De ketenregeling

De cao is met name belangrijk wanneer het gaat om de vraag hoeveel contracten voor bepaalde tijd achtereenvolgens gesloten mogen worden. De zogenoemde ketenregeling is immers driekwart dwingend.²³⁷ Van alle elementen van de ketenregeling kan bij cao worden afgeweken, ook wanneer dit ten nadele van de werknemer is. Momenteel kent de nationale wet geen grenzen aan deze afwijkmogelijkheid.²³⁸ Onderzoek laat zien dat cao-partijen op grote schaal gebruikmaken van de ruimte die de wet ze biedt.²³⁹ De ketenregeling is daarmee voor cao-partijen een belangrijke bron voor onderhandelingen. Afhankelijk van de inzet van de vakbonden kunnen zij op dit punt aan de werkgever meer flexibiliteit 'geven' om er iets anders voor terug te krijgen. In dat geval verlagen ze (aanzienlijk) de baanzekerheid van de groep werknemers met tijdelijke contracten. Zij blijven langer in onzekerheid omtrent het voortbestaan van hun arbeidsovereenkomst. De vakbonden kunnen er ook voor kiezen de ruimte voor opeenvolgende tijdelijke contracten te verkleinen. Baanzekerheid kan daarmee worden vergroten, omdat de werkgever dan eerder een contract voor onbepaalde tijd moet aanbieden. De werkgever kan er echter ook voor kiezen niet met deze werknemer verder te gaan en een andere werknemer voor hetzelfde werk in dienst nemen, waarbij een nieuwe ketenregeling gaat lopen. Met name in sectoren waar werknemers makkelijk vervangbaar zijn, zal dit een reële optie zijn voor de werkgevers. Het staat hen in beginsel vrij om na het einde van een tijdelijk contract wel of niet door te gaan met de werknemer.²⁴⁰ Het is dus onzeker of met de

234 Zie uitgebreid hoofdstuk 4.

235 G.J.J. Heerma van Voss, 'Driekwart dwingend recht; in: R.A.A. Duk c.s., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 126-128.

236 J.M. van Slooten, 'Het komende driekwartdwingend ontslagrecht', *TRA* 2013/76.

237 Art. 7:668a lid 5 BW. De kern van deze wettelijke regeling is dat slechts drie opeenvolgende contracten voor bepaalde tijd gesloten mogen worden of dat de opeenvolgende contracten maximaal drie jaar mogen duren; een vierde overeenkomst of overschrijding van een termijn van drie jaar betekent dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Zie uitgebreid hoofdstuk 4.

238 Alleen ten aanzien van de proeftijd geldt dat bij cao slechts een proeftijd van maximaal twee maanden kan worden bedongen.

239 W. Smits en A. van den Amele, *De Wet flexibiliteit en zekerheid, een onderzoek naar de 3/4 bepalingen in de cao's van 2006*, Den Haag: Ministerie van SZW 2007.

240 Zie bijv. Ktr. Assen 3 juli 2007, *JAR* 2007/183.

beperking van de ruimte voor opeenvolgende tijdelijke contracten de baanzekerheid voor individuele werknemers in de praktijk wordt vergroot. De *baanonzekerheid* wordt echter zeker verkleind: de werknemer weet eerder of hij bij de werkgever kan blijven.

In de literatuur is de stelling verdedigd dat het onbeperkt toelaten van afwijkingen bij cao in strijd is met de clausule 5 van Europese Richtlijn inzake overeenkomsten voor bepaalde tijd en met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU.²⁴¹ Daarnaast is in het Sociaal Akkoord van 2013 afgesproken om de ketenregeling aan te passen om zo langdurig gebruik van tijdelijke contracten tegen te gaan.²⁴² Als de maatregelen ingevoerd worden is het nog enkel mogelijk om over een periode van twee jaar drie opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met tussenpozen van niet meer dan zes maanden te sluiten. Afwijken bij cao blijft mogelijk, maar met een maximum van zes opvolgende contracten voor bepaalde tijd over een periode van in totaal vier jaren.²⁴³ Van de duur van de periode tussen de opvolgende contracten mag niet worden afgeweken. Verder wordt vereist dat uit de cao(-bepaling) blijkt dat voor de betreffende functies of functiegroepen de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist. Dat is de eerste 'inhoudelijke' beperking aan de ketenregeling in Nederland. Samen met de regering hebben de sociale partners dus besloten om de ruimte voor cao-onderhandeling op dit vlak te verkleinen. Cao-partijen hebben niet alleen een kleinere onderhandelingsruimte gekregen op dit vlak, ze moeten ook verantwoorden waarom ze van de wettelijke ketenregeling afwijken. Een (aanzienlijke) ruimte om de ketenregeling aan te passen, blijft echter aanwezig.

5.7.2.2 De opzegtermijnen

De lengte van de wettelijke opzegtermijn die de werkgever in acht moet nemen is afhankelijk van de duur van het dienstverband. Hoe langer het dienstverband, hoe langer de opzegtermijn. Hij is minimaal één maand (bij een arbeidsovereenkomst die korter dan vijf jaar heeft geduurd) en maximaal vier maanden (bij een arbeidsovereenkomst die vijftien jaar of langer heeft geduurd).²⁴⁴ Alleen bij cao kan de opzegtermijn worden verkort. Cao-partijen hebben hier echter niet een onbegrensde onderhandelingsvrijheid: de opzegtermijn van de werknemer mag nooit korter zijn dan de opzegtermijn die voor de werkgever geldt. De wettelijke opzegtermijn die de werknemer in acht moet nemen is één maand. Deze termijn kan worden verlengd – wat uiteraard nadelig is voor de werknemer –, mits de verlengde termijn niet langer is dan zes maanden. Aan dit maximum dienen ook cao-partijen zich te houden.²⁴⁵

241 Zie bijv. D.J.B. de Wolff, 'De bescherming van de werknemer bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', SR 2008/39; N. Gundt, 'Verruiming ketenregeling een dode letter dankzij het Hof van Justitie EU?', TRA 2010/ 88.

242 Sociaal Akkoord 2013, p. 24-25.

243 Dit wordt geregeld in het vijfde lid van het nieuwe art. 668a BW (33 818, nr. A).

244 Art. 7: 672 lid 2 BW.

245 Zie voor de vraag in hoeverre de opzegtermijnen op baan- dan wel werkzekerheid gericht zijn, het vorige hoofdstuk. Voor de vraag in hoeverre cao-partijen langere dan wel kortere opzegtermijnen voorschrijven, zie hoofdstuk 6.

5.7.2.3 Overige aanpassingen van het ontslagrecht bij cao

In een studie naar baan- en werkzekerheid is de volgende vraag uiterst relevant. Kunnen cao-partijen de bevoegdheid van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te beëindigen bij cao volledig uitsluiten? In dat geval zou er sprake kunnen zijn van absolute baan zekerheid. Minder 'drastische' afspraken die de baan zekerheid vergroten, zijn ook denkbaar. Baan zekerheid zou ook vergroot kunnen worden door in de cao voor te schrijven dat bij elk individueel ontslag de vakbond of de ondernemingsraad vooraf geraadpleegd moet worden. Dit kan bijvoorbeeld door bij cao's arbitrage- of adviescommissies in te stellen.

Ten aanzien van de eerste vraag – kunnen cao-partijen ontslag uitsluiten – kan opgemerkt worden dat cao-partijen de individuele werkgever of werknemer in elk geval niet kunnen verbieden een ontbindingsverzoek in te dienen.²⁴⁶ Art. 7:685 lid 1 bepaalt dat elk der partijen zich *te allen tijde* tot de kantonrechter kan wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden; elk beding waardoor deze bevoegdheid wordt uitgesloten of beperkt, is nietig. Ook de bevoegdheid om de overeenkomst op te zeggen kan niet contractueel worden uitgesloten.²⁴⁷ De wet bepaalt immers ook dat ieder der partijen bevoegd is de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden. Indien de dringende reden ontbreekt, is degene die heeft opgezegd 'slechts' schadeplichtig; de arbeidsovereenkomst is dan echter geëindigd.²⁴⁸ Ook voortijdige eenzijdige opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd doet de overeenkomst eindigen, maar maakt de opzegger schadeplichtig.²⁴⁹ Ontslag helemaal uitsluiten, kunnen de cao-partijen dus niet.²⁵⁰

Het komt regelmatig voor dat bij cao een arbitrage- of adviescommissie is ingesteld die oordeelt of en onder welke voorwaarden de overeenkomst beëindigd mag worden. Er bestaat echter nog onduidelijkheid over de vraag of de werkgever de overeenkomst mag beëindigen in strijd met het oordeel van een dergelijke commissie.²⁵¹ Arbitrage- en adviescommissies zijn door de Hoge Raad in het arbeidsrecht toegestaan,²⁵² toch gebeurt het dat cao-bepalingen (of bepalingen in sociale plannen) waarin bijvoorbeeld staat dat de werkgever verplicht is een commissie om advies te vragen 'wanneer hij voornemens is een werknemer te ontslaan' door de rechter nietig worden geacht.²⁵³ Ten aanzien van de ontbinding is de leidende mening in de literatuur dat de werkgever het ontbindingsverzoek te allen tijde kan *indienen* en dat dit (bij cao) niet uitgesloten kan worden, maar dat de kantonrechter zichzelf

246 HR 20 maart 1998, NJ 1998/815, JAR 1998/127.

247 Van der Grinten, p. 327.

248 Art. 7:677 lid 1 en 2 BW.

249 HR 19 februari 1988, NJ 1988, 468.

250 Wat dit betekent voor de zogenoemde werkgelegenheidsgaranties in cao's wordt in hoofdstuk 7 behandeld.

251 Vlg. Van der Grinten, p. 327.

252 HR 14 december 1973, NJ 1974, 92 m.nt. PZ.

253 Hof Den Bosch 29 juni 2011, JAR 2011/207.

vervolgens onbevoegd kan verklaren.²⁵⁴ Ook opzegging zou in dat geval onregelmatig zijn, maar de arbeidsovereenkomst is dan wel geëindigd.²⁵⁵ Bovendien zou het momenteel niet mogelijk zijn om door middel van een arbitragebeding het UWV terzijde te stellen.²⁵⁶ Dit leidt tot de conclusie dat de juridische 'oplossing' wat betreft het beëindigen van arbeidsovereenkomsten door (arbitrage)commissies ingewikkeld in elkaar steekt.

Het bovenstaande bewijst nog een keer²⁵⁷ dat ontslag contractueel – en dus ook bij cao – niet helemaal uitgesloten kan worden en daarmee ook dat baanzekerheid juridisch gezien niet absoluut *kán* zijn. Cao-partijen kunnen wel overeenkomen dat slechts op bepaalde gronden een (regelmatige) opzegging mogelijk is.²⁵⁸ Daarnaast *kunnen* cao-partijen baanzekerheid vergroten door in cao op te nemen dat de werkgever alvorens hij tot ontslag overgaat bijvoorbeeld verplicht is te onderzoeken of hij de werknemer eerst binnen de eigen organisatie een andere passende functie kan aanbieden. Zij kunnen ook werkzekerheid vergroten door op te nemen dat de werknemer eerst gedurende een zekere tijd recht heeft op outplacement. De cao-partijen zullen echter zeer behoedzaam moeten zijn hoe ze een dergelijke bepaling formuleren. De betreffende cao-bepaling mag niet zo geformuleerd zijn dat een aantal stappen moet worden ondernomen alvorens tot *indiening* van een ontbindingsverzoek kan worden overgegaan.²⁵⁹

5.7.2.4 Toekomstig driekwartdwingend ontslagrecht

Het Sociaal Akkoord van 2013 en het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid zijn in dit onderzoek verschillende malen aangehaald, omdat zij belangrijke veranderingen kunnen teweegbrengen in het ontslagrecht. Zo kan de werkgever dan niet meer kiezen tussen de UWV-route en de kantonrechter-route, maar wordt de route afhankelijk van de reden voor ontslag.²⁶⁰ Een vrij fundamentele verandering zal zijn – indien alle afspraken inderdaad ook in wetgeving worden omgezet – dat een derde route mogelijk wordt gemaakt: de 'cao-route'.²⁶¹ De procedure bij het UWV kan worden vervangen door een procedure bij een krachtens de cao ingestelde

254 Ktr. A'dam 15 december 2010, *JAR* 2011/76 m.nt. Van der Voet.

255 Van der Grinten, p. 327.

256 J.M. van Slooten, 'Het komende driekwartdwingend ontslagrecht', *TRA* 2013/76, p. 6.

257 Dat baanzekerheid relatief is, is ook in het vorige hoofdstuk betoogd.

258 Van der Grinten, p. 327.

259 Dit was het geval in het Grady/Stogon arrest waarbij de HR het beding nietig heeft geacht, HR 20 maart 1998, *JAR* 1998/127. Opmerkelijk was hier wel dat de HR opmerkt dat in het kader van de ontbinding vervolgens 'grote betekenis' toekomt aan het feit dat de werkgever niet de in het sociaal plan voorgeschreven stappen heeft doorlopen.

260 Voor ontslag om bedrijfseconomische redenen en ontslag in verband met langdurige arbeidsongeschiktheid geldt de procedure bij het UWV, terwijl bij ontslagen wegens in de persoon gelegen redenen en bij ontslagen wegens verstoorde arbeidsverhoudingen de arbeidsovereenkomst ontbonden moet worden door de kantonrechter.

261 Vlg. J.M. van Slooten, 'Het komende driekwartdwingend ontslagrecht', *TRA* 2013/76, p. 5. Beltzer noemt de verandering een revolutie in het arbeidsrecht, R.M. Beltzer, 'Enkele aspecten van cao-recht', *TAP* 2014/10, p. 74.

commissie.²⁶² Daarmee wordt het dus wel mogelijk om bij cao het UWV terzijde te stellen, wat nu niet kan.²⁶³ Ook wordt de mogelijkheid om bij cao af te wijking van het afspiegelingsbeginsel gecodificeerd.²⁶⁴ Het wetsvoorstel geeft tot slot de ruimte om bij cao van de transitieregeling af te wijken, onder de voorwaarde dat in de cao een vergelijkbare voorziening voor werk-naar-werk-transities is opgenomen.²⁶⁵

Cao-partijen krijgen kortom (mogelijk) een veel grotere rol bij de inhoud van het toepasselijke ontslagrecht, omdat meer regels driekwartdwingend worden gemaakt.²⁶⁶ In hoeverre ze daarbij zullen inzetten op baanzekerheid of juist werkzekerheid is uiteraard nog onbekend. Waarschijnlijk zal dit steeds afhangen van de algemene economische situatie en van de specifieke sectorale omstandigheden. Feit is dat er een meer gedifferentieerde ontslagbescherming zal ontstaan. Cao-partijen krijgen weldegelijk meer ruimte om van-werk-naar-werk-transities vorm te geven dan nu het geval is.²⁶⁷ Men heeft echter – en mijns inziens terecht – grote vraagtekens gezet bij deze wijze van geschilbeslechting.²⁶⁸ Grapperhaus meent dat een beslissing over ontslag niet zou moeten worden neergelegd bij een ander dan de onafhankelijke rechter.²⁶⁹ Hoewel in het wetsvoorstel is opgenomen dat in de cao ook iets moet zijn geregeld over hoor en wederhoor, de vertrouwelijke behandeling van gegevens, de redelijke termijnen voor reacties van werkgever en werknemer en een redelijke beslistermijn, heb ik ook twijfels bij de mogelijkheid van dergelijke ontslagcommissies om ‘recht te spreken’ in zaken die voor veel mensen zeer belangrijk zijn. Zo ontbreken in het geheel eisen met betrekking tot de te hanteren criteria voor ontslagvolgorde.²⁷⁰ De wet vereist wel dat de commissie van de werkgever onafhankelijk en onpartijdig is, maar dit is iets wat moeilijk te toetsen zal zijn.

5.7.3 Werkgelegenheid in cao's

In hoofdstuk 2 zijn de mogelijke manieren behandeld waarop cao's het werkgelegenheidsbeleid op sector- of ondernemingsniveau kunnen beïnvloeden. De eerste manier betreft cao-afspraken omtrent het algemene werkgelegenheidsbeleid op het vlak van de bedrijfstak, sector of onderneming. De ruimte die cao-partijen op dit vlak

262 In het Sociaal Akkoord 2013 was neergelegd dat onderzocht zou worden of de commissie ook in plaats van de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter kan komen, zie StvdA 2013, p. 28. Daarnaast wordt in het Sociaal Akkoord in dit verband steeds ‘sectorale commissie’ genoemd, wat een aanwijzing was dat de optie alleen voor bedrijfstak-cao's mogelijk was. Het wetsvoorstel kent die beperking niet.

263 Art. 7:671a lid 2 BW (wetsvoorstel 33 818).

264 Art. 7:669 lid 6 BW (wetsvoorstel 33818, nr. A).

265 Art. 7:673b BW (wetsvoorstel 33 818).

266 Van Slooten formuleert dit als volgt: ‘de beantwoording van de vragen wie er toetst, hoe getoetst wordt en welk prijskaartje eraan wordt verbonden, zal dan primair aan cao-partijen zijn’, zie Van Slooten 2013, p. 5.

267 Zie ook J.M. van Slooten, ‘Het komende driekwartdwingende ontslagrecht’, *TRA* 2013/76, p. 7.

268 Ook over de UWV-procedures bestaat al lange tijd kritiek, zie Nationale Ombudsman, *Naar een eerlijke ontslagprocedure*, Rapportnummer 2007/260.

269 F.B.J. Grapperhaus, ‘De toren van Babel en het in het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid beoogde nieuwe ontslagstelsel’, *TRA* 2014/22, p. 6-7.

270 Zie ook R.M. Beltzer, ‘Enkele aspecten van cao-recht’, *TAP* 2014/10, p. 74.

hebben is zeer groot. De wetgever heeft zich in principe altijd zeer terughoudend opgesteld wat het werkgelegenheidsbeleid van de ondernemingen betreft. Betoogd kan worden dat iets anders ook niet zou passen binnen onze maatschappelijke ordening. De wet schrijft tot op zekere hoogte wel voor *hoe* de werkgever met zijn werknemers moet omgaan – namelijk in de eerste plaats als ‘goede werkgever’ –, maar de wetgever bepaalt in beginsel niet *dat* een ondernemer mensen in dienst moet nemen en ook niet *hoeveel* mensen hij in dienst moet nemen.²⁷¹ Of een ondernemer een werkgelegenheidsbeleid wilt voeren en hoe dit beleid er dan uit moet zien, is iets wat voor het grootste gedeelte op het terrein van de ondernemingsvrijheid ligt. De belangrijkste beperking die de wet op dit gebied van ondernemingsvrijheid oplegt, is – zoals eerder is betoogd – te vinden in de non-discriminatieregels. De wet verbiedt de werkgever wel bepaalde argumenten bij het in dienst nemen te hanteren. Daarnaast zal de ondernemer onder omstandigheden de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad op dit terrein moeten eerbiedigen.²⁷²

Bij cao kunnen aan de werkgever wel aanvullende eisen ten aanzien van het werkgelegenheidsbeleid worden gesteld. De cao kan ten eerste voorschrijven dat de werkgever regelmatig overleg voert met de vakbonden dan wel de ondernemingsraad over de ontwikkelingen in de werkgelegenheid of – meer concreet voor de werknemers zelf – dat de werkgever het werkgelegenheidsvolume op peil houdt. Ook een bewust en kenbaar scholingsbeleid kan bij cao voorgeschreven worden. Bij cao kan ook de uitbesteding van werk aan derden worden beperkt door bijvoorbeeld de voorwaarden hiervoor voor te schrijven. Aangezien op dit vlak weinig dwingende regels bestaan, zal van enige strijdigheid met regels van dwingend recht geen sprake zijn. Het feit dat de cao in de eerste plaats als een contract te kwalificeren is, heeft hier wel gevolgen. Zulke werkgelegenheidsafspraken zullen namelijk als diagonale cao-bepalingen te kwalificeren zijn – de individuele werknemer kan er geen beroep op doen –, wat bijvoorbeeld ook betekent dat ze niet nawerken.

Het mogelijk gevolg hiervan is zichtbaar geworden in een conflict tussen FNV Bondgenoten en Albert Heijn BV over de naleving van een cao-afpraak tot verlaging van het percentage uitzendkrachten dat werkzaam is in de distributiecentra van Albert Heijn.²⁷³ De partijen hadden reeds sinds 2007 de afspraak gemaakt om het percentage uitzendkrachten te verlagen tot maximaal 23%. Die afspraak stond in de Distributie-cao 2007-2008, waarna dezelfde afspraak is herhaald in de Distributie-cao 2008-2009 en de Distributie-cao 2009-2010. De laatste cao was nadien niet verlengd. Eind december 2010 hadden de partijen wel een zogenoemd Onderhandelingsresultaat overeengekomen welke gold tot en met 14 oktober 2012. Ook in het Onderhandelingsresultaat was bepaald dat partijen streven naar afspraken die leiden tot een percentage uitzendkrachten zoals genoemd in de cao. In mei 2012 vorderde

271 Zie bijv. I.P. Asscher-Vonk, *Toegang tot de dienstbetrekking*, diss. UvA, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

272 Zo bepaalt de WOR bijvoorbeeld in art. 27 lid 1 sub e dat de ondernemer voor het besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van het aanstellingsbeleid instemming van de ondernemingsraad nodig heeft.

273 Rb. Haarlem 11 mei 2012, JAR 2012/166 (FNV Bondgenoten/Albert Heijn BV).

FNV Bondgenoten in een kort geding nakoming van deze afspraak. De rechter bepaalde echter dat een verplichting tot naleving van een afspraak als hier aan de orde niet rechtstreeks kon volgen uit de tekst of de bedoeling van de Distributie-cao, nu deze cao was geëindigd. Er was weliswaar een document genaamd Onderhandelingsresultaat, maar er was nog geen nieuwe cao. Evenmin kon dit volgens de rechter in de bewoordingen van het Onderhandelingsresultaat gelezen worden. Daarin wordt immers slechts gesproken over een streven naar afspraken. Dat deze onderneming zich in eerdere cao's herhaaldelijk heeft gecommitteerd aan verlaging van het percentage uitzendkrachten maakte dat volgens de rechter niet anders, nu die cao's zijn geëindigd. De bepaling waarin de afspraak om het uitzendkrachtenpercentage te verlagen was neergelegd, is een obligatoire bepaling. Obligatorie bepalingen komt geen nawerking toe. Na de uitspraak van de rechter is de nieuwe cao²⁷⁴ verschenen en bij het ministerie van SZW aangemeld, waarin de bepaling over het verlagen van het percentage uitzendkrachten is herhaald.

5.7.4 Wervingsbeleid in cao's

In de cao kunnen ook bepalingen zijn opgenomen die als doel hebben het wervingsbeleid van de werkgever te beïnvloeden. Nu gelden er voor werving nauwelijks wettelijke voorschriften.²⁷⁵ Net zoals de wetgever zich niet bemoeit met de vraag of een ondernemer mensen in dienst neemt en hoeveel mensen hij in dienst neemt, zo wordt ook de vraag *wie* de werkgever in dienst neemt door de wetgever in principe niet aangeroerd.²⁷⁶ Arbeidsrelaties worden aangegaan op basis van een (arbeids) overeenkomst en bij het aangaan van een overeenkomst geldt contractsvrijheid.²⁷⁷ De wet verbiedt wel het sluiten van arbeidsovereenkomsten met bepaalde groepen personen, zoals kinderen²⁷⁸ of vreemdelingen bij het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning.²⁷⁹ Verder laat de wetgever de werkgever in zijn wervings- en aanstellingsbeleid vrij.²⁸⁰ Zo bestaat er ook geen wettelijke verplichting om een vacature bij het UWV te melden.²⁸¹ Aangezien het UWV een openbare arbeidsbemiddelingsrol vervult, zou een dergelijke verplichting aanbevelenswaardig zijn.²⁸²

Er zijn dus op dit terrein weinig wettelijke grenzen aan de regelingsbevoegdheid van cao-partijen. De enige juridische grenzen waar de cao-partijen op kunnen stuiten, zijn de algemene (juridische) grenzen bij collectief overleg zoals ze in dit hoofdstuk

274 Looptijd 15 oktober 2010 tot en met 14 oktober 2012.

275 R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd*, diss. Universiteit Leiden 2010, p. 26.

276 Weer moet gelijkbehandelingswetgeving genoemd worden als de belangrijkste bron van beperking op dit punt.

277 Zie bijv. Kötter 2010, p. 5 e.v.

278 Zie hoofdstuk 3 van de Arbeidstijdenwet.

279 Art. 2 Wet Arbeid Vreemdelingen.

280 Er bestaat wel een zogenoemde Sollicitatiecode opgesteld door de Nederlandse Vereniging voor Personeelbeleid (NVP) en officieel aanbevolen door de StvdA, maar zij heeft niet de status van wetgeving.

281 Kötter 2010, p. 33.

282 Veel cao's bevatten wel een dergelijke verplichting, zie hoofdstuk 6. Zie voor de arbeidsbemiddelende rol van het UWV art. 30a lid 2 Wet SUWI.

verder zijn behandeld. Daarbij moet worden aangetekend dat het beginsel van gelijke behandeling – met zijn wortels in het EU-recht – de grootste invloed zal hebben op cao-afspraken op het terrein van het aanstellings- en wervingsbeleid. Relevant is in dit kader bijvoorbeeld de vraag of cao-partijen een voorkeursbeleid in de cao mogen voorschrijven. Werkgevers mogen immers bij het aangaan van een arbeidsverhouding geen onderscheid maken op grond van de verboden gronden als geslacht en godsdienst. Voorkeursbeleid ten aanzien van vrouwen, personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep of personen die gehandicapt zijn of een chronische ziekte hebben kan onder omstandigheden toegestaan zijn. Zulk beleid is toegestaan indien het onderscheid een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft deze groepen een bevoorrechte positie toe te kennen teneinde de feitelijke nadelen verband houdende met de gronden ras, geslacht, handicap of chronische ziekte op te heffen of te verminderen en indien het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.²⁸³ Voldaan moet dus zijn aan de eisen van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit. Deze eisen zijn in de jurisprudentie verder uitgewerkt, waarbij met name naar voren komt dat in ieder geval niet automatisch en onvoorwaardelijk voorrang aan vrouwen mag worden verleend; objectieve beoordeling van de sollicitaties, die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten, moet mogelijk blijven.²⁸⁴ Cao-partijen kunnen dus een bepaald voorkeursbeleid opstellen indien ze zich rekenschap geven van de eisen van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit.²⁸⁵ Hun regelingsbeleid is hier dus zeker niet onbegrensd.

Bij het voorkeursbeleid waarbij bij een vacature voorkeur wordt gegeven aan het zittende personeel boven externe kandidaten (bijvoorbeeld wanneer in de cao staat dat eerst intern moet worden geworven en pas wanneer geen geschikte kandidaat is gevonden de vacature openbaar mag worden gemaakt), wordt in principe geen onderscheid gemaakt op één van de verboden gronden zoals in de gelijke behandelingswetgeving genoemd. Het interne personeel mag bij het aangaan van arbeidsovereenkomsten boven de externe kandidaten worden gesteld. Cao-partijen moeten er wel voor waken dat ook *tijdelijke* (interne) werknemers een gelijke toegang hebben tot deze vacatures en tijdens de selectie gelijk worden behandeld. Werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mogen vanwege de tijdelijkheid van hun aanstelling niet worden benadeeld ten opzichte van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.²⁸⁶ De vacatures alleen openstellen voor werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zal dus niet geoorloofd zijn;

283 Zie art. 7:646 lid 4 BW en art. 5 WGB voor voorkeursbehandeling ten aanzien van vrouwen; art. 2 lid 3 AWGB voor ras en geslacht; art. 3 lid 1 onderdeel c WGBH/CZ voor handicap en chronische ziekte.

284 HvJ EG 11 november 1997, JAR 1997/264. Dit arrest wordt doorgaans zo uitgelegd dat voorkeursbehandeling van vrouwen alleen toegestaan is bij gelijke geschiktheid tenzij een man meer geschikt is, zie bijv. *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, artikel 5 WGB, aant. 2. Het is niet helemaal duidelijk of deze criteria ook bij voorkeursbeleid m.b.t. etnische minderheden gelden, zie D.C. Houtzager en N. Bochhah, 'Onderscheid op grond van ras bij de arbeid: nieuwe ontwikkelingen', SR 2004/54.

285 Zie ook de Nota voorkeursbehandeling, *Kamerstukken II* 2004-2005, 28 770 nr. 11, p. 66.

286 Art. 7:649 lid 1 bw.

dergelijke bedingen zijn nietig.²⁸⁷ Een interessante vraag zou zijn of de omgekeerde situatie wel geoorloofd zou zijn: de vacatures worden eerst alleen opengesteld voor interne werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd; wanneer geen geschikte kandidaat is gevonden worden de vacatures openbaar gemaakt. Onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst is immers toegestaan wanneer dat onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Hier zijn weer de (Europese) eisen van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit van belang. Hierbij kan worden gewezen op artikel 7:657 BW dat de werkgever verplicht om de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 'tijdig en duidelijk' in kennis te stellen van een vacature terzake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.²⁸⁸ Inmiddels bevat de Waadi een soortgelijke verplichting voor de inlener van uitzendkrachten (artikel 8b Waadi).

Ondanks de grenzen die de gelijke behandelingswetgeving kan stellen in dit verband, kan toch betoogd worden dat aangezien er zo weinig wettelijk is geregeld omtrent het aanstellings- en wervingsbeleid, de ruimte voor cao-partijen groot is om hierover afspraken te maken. De wetgever beschouwt ook inderdaad 'werving en selectie als een terrein dat, als onderdeel van het sociaal beleid, primair onder de verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers valt'.²⁸⁹ Het primaat in dezen lijkt op het eerste gezicht eerder bij de ondernemingsraad te liggen dan bij de vakbond. Ten aanzien van de ondernemingsraad is in de wet immers geregeld dat zij een instemmingsrecht heeft voor elk voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling op het gebied van het aanstellings-, ontslag- of bevorderingsbeleid.²⁹⁰ Het instemmingsrecht heeft echter een subsidiair karakter: het recht vervalt indien de cao de aangelegenheid inhoudelijk regelt.²⁹¹

5.7.5 Arbeidsorganisatiebeleid in cao's

In hoofdstuk 2 is uitgelegd dat bij het conditioneren van het arbeidsorganisatiebeleid in cao's met name moet worden gedacht aan bepalingen die veranderingen van tewerkstelling van werknemers – zoals bij overplaatsingen – conditioneren en bepalingen die het gebruik van overwerk inperken of uitsluiten. Beide soorten bepalingen kunnen gericht zijn op baan- of werkzekerheid. Zeer strikte conditionering van wijziging van functies (en arbeidsvoorwaarden) draagt bijvoorbeeld bij tot baanzekerheid wanneer onder baanzekerheid ook functiebehoud wordt verstaan. Het regelen van mogelijkheden tot en voorwaarden voor functiewijzigingen kan echter ook tot werkzekerheid bijdragen: interne transitie worden daarmee immers gemakkelijker gemaakt, waardoor de werknemers (in potentie) hun kennis en vaardigheden kunnen vergroten, wat bijdraagt tot hun baan- en werkzekerheid. Wanneer

287 Art. 7:649 lid 3 BW.

288 Deze verplichting volgde uit de EU-Richtlijn 1999/70/EG.

289 *Kamerstukken II* 1992-1993, 23 020, nrs. 1 en 2; zie ook Kötter 2010, p. 31.

290 Art. 27 lid 1 sub e WOR.

291 Het recht vervalt voorts als de aangelegenheid reeds is geregeld in een regeling van arbeidsvoorwaarden die door een publiekrechtelijk orgaan is vastgesteld, art. 27 lid 3 WOR.

overwerk uitgesloten of beperkt wordt, zal de werkgever eerder nieuw personeel moeten aannemen, wat de werkgelegenheid en algemene werkzekerheid kan vergroten.

Eerder is al opgemerkt dat interne transitie voor een groot gedeelte beheerst worden door de regels omtrent de wijziging van arbeidsvoorwaarden. Cao's kunnen hier een grote rol spelen.²⁹² Het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden is namelijk met juridische waarborgen omkleed. Zo moet de werkgever een zwaarwichtig belang hebben wil hij met een beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding de arbeidsvoorwaarden zonder de instemming van de werknemer wijzigen.²⁹³ Vindt de wijziging echter grondslag in een cao, dan wordt het zwaarwegend belang in beginsel geacht aanwezig te zijn.²⁹⁴ Dat betekent in principe dat (gedwongen) interne transitie, zoals overplaatsingen, veel gemakkelijker middels een uitgewerkte regeling in de cao kunnen plaatsvinden. Voor cao-partijen is de ruimte voor het maken van dergelijke regelingen groot.

Ook ten aanzien van afspraken over het gebruik van overwerk door de werkgever hebben de cao-partijen een grote mate van vrijheid. In 2007 is de Arbeidstijdenwet ingrijpend gewijzigd met als primaire doel flexibilisering en door flexibilisering het vestigingsklimaat en de werkgelegenheid te versterken.²⁹⁵ De maximale arbeidstijden zijn verruimd, waarbij ook het onderscheid tussen de 'normale' maximale arbeidstijd en de maximale arbeidstijd inclusief overwerk is komen te vervallen. Er bestaan dus geen wettelijke maxima meer specifiek voor overwerk. De maximale arbeidsduur die de Arbeidstijdenwet geeft, is inclusief eventueel overwerk.²⁹⁶ Waar overwerk eerst alleen incidenteel plaats mocht vinden, hoeft de werkgever nu daar geen rekening mee te houden. Met de Arbeidstijdenwet uit 2007 is meer ruimte geschapen voor individuele afspraken en collectieve regelingen, waaronder naast cao's overigens ook afspraken met medezeggenschapsorganen worden verstaan. De cao-regelingen zullen voortgaan op de individuele afspraken. Met een collectieve regeling kan bovendien worden afgeweken van de maximale arbeidstijd.²⁹⁷ De cao-partijen dus ten aanzien van overwerk een grote mate van vrijheid, zolang ze binnen de grenzen van de maximale tijden blijven. Dat betekent dus ook dat bij cao overwerk mag worden beperkt of helemaal uitgesloten.

292 Zie over wijziging van arbeidsvoorwaarden bij met name de cao hoofdstuk 7.

293 Art. 7:613 BW.

294 Dit volgt uit de wetsgeschiedenis van art. 7:613 BW. Daarnaast wordt een 'dynamisch' incorporatiebeding doorgaans ook als een eenzijdig wijzigingsbeding aangemerkt, zie verder hoofdstuk 7.

295 W.L. Roozendaal, 'The times they are a-changing – wijziging van arbeidstijden en het belang van de werknemer', *SMA* 2007, p. 45 e.v.; C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014, p. 170-174.

296 Zie art. 5:7 Arbeidstijdenwet. De maximale arbeidstijd is 12 uren per dienst; 60 uren per week, gemiddeld 55 uren per week in elke periode van 4 aaneengesloten weken en gemiddeld 48 uren per week in elke periode van 16 aaneengesloten weken.

297 Zie art. 4:9:1 Arbeidstijdenbesluit.

5.8 Conclusies

Het belangrijkste voordeel van de cao als reguleringsinstrument ten opzichte van wetgeving is dat met de cao maatwerk kan worden bereikt. De inhoud van de cao kan – anders dan de wet – makkelijker worden aangepast aan de specifieke kenmerken van de bedrijfstak, de sector of de onderneming. Ook kan gemakkelijker worden ingespeeld op de veranderende economische situatie. Tegelijk worden in beginsel de belangen van zowel de werkgevers als de werknemers gediend, aangezien hun vertegenwoordigers – of in het geval van werkgevers zij zelf – bij de totstandkoming ervan betrokken zijn. Dit is de reden waarom in menig beleidsdocument en in de literatuur ervan wordt uitgegaan dat werkzekerheid het beste vorm kan krijgen door middel van collectieve onderhandelingen en dus in cao's.

De cao heeft inderdaad het voordeel van maatwerk, efficiency en – vanuit bestuurlijke optiek – draagvlak, terwijl ermee in beginsel ook ongelijkheidscompensatie gediend wordt. Over het algemeen probeert de wetgever dan ook zo weinig mogelijk obstakels voor het collectief overleg te creëren. Dat blijkt meteen uit de wettelijke definitie van de cao die nauwelijks een beperking vormt op de inhoud ervan. Vanuit de Wet AVV zijn wel enige beperkingen af te leiden, aangezien niet alle cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard. Indien de cao-partijen hun afspraken over werkzekerheid niet in normatieve bepalingen hebben kunnen gieten – hun afspraken blijven dus in de sfeer van intentieverklaringen verkeren – dan zullen de werknemers in dienst van ongeorganiseerde werkgevers van de werkzekerheidsafspraken verstoken blijven. De overheid gebruikt het instrument van de algemeenverbindendverklaring ook om de inhoud van cao's enigszins te sturen, althans zij dreigt hier regelmatig mee. Dat cao-partijen contractsvrijheid hebben ten aanzien van de inhoud wil namelijk niet zeggen dat er in het geheel geen overheidsbemoeienis is (of dreigt). Nu zijn werkzekerheidsafspraken juist in lijn met het overheidsbeleid, wat betekent dat op dit punt geen beperking voor de cao-partijen te verwachten is. Ook 'baanzekerheidsafspraken' – wanneer gericht op het behoud van werkgelegenheid – zullen niet snel in strijd komen met het overheidsbeleid. Het enkel inzetten op baan-zekerheid zonder acht te slaan op werkzekerheid zou echter wel een onderhandelingsuitkomst kunnen zijn die *niet* in lijn is met het overheidsbeleid. Het is in dat geval niet ondenkbaar dat de minister de algemeenverbindendverklaring aan zulke cao's onthoudt.

De cao-partijen hebben dit echter zelf in de hand. Daarnaast is bekend dat slechts een relatief klein deel van de werknemers door de algemeenverbindendverklaring onder de werking van de cao wordt gebracht. De organisatiegraad onder de werkgevers is hoog en de meeste van hen passen de cao graag op alle werknemers toe. Dit gebeurt in de meeste gevallen door middel van een incorporatiebeding. Dat betekent dat de wettelijke definitie van de cao in dit verband belangrijker is en deze definitie is ruimer. In principe mogen de cao-partijen afspraken maken over alles waar ze 'elkaar kunnen vinden'. De cao is in zijn wezen een contract: partijen zijn van elkaar afhankelijk voor het bestaan en de inhoud ervan. De belangrijkste factor die de inhoud van de cao

bepaalt, is dus de feitelijke onderhandelingsmacht van de cao-partijen ten opzichte van elkaar. Daarbij kan de bereidheid van de werknemers om te staken ook belangrijk zijn. Ook hier werpt het recht echter weinig belemmeringen op: zowel geschillen over baanzekerheid als over werkzekerheid zijn aan te merken als belangengeschillen waarover in principe gestaakt mag worden. Dat de cao een contract is, heeft echter wel bepaalde gevolgen ten aanzien van de mogelijkheden en de beperkingen van de cao als juridisch instrument. Cao's hebben een tijdelijk karakter en cao-loze periodes komen frequent voor. De aanspraken van werknemers die uit de toepassing van de cao volgen, lopen niet onder alle omstandigheden ononderbroken door. Ook is het niet mogelijk om derde partijen bij cao's te betrekken.

De grote vrijheid die de cao-partijen hebben bij het collectief overleg is te verklaren door het feit dat collectief overleg een fundamenteel recht is. Maar wat gebeurt er wanneer met de uitoefening van dit recht inbreuk wordt gemaakt op andere fundamentele rechten? Dit is vooral een actueel vraagstuk waar het fundamentele recht op gelijke behandeling betreft. De verhouding tussen cao's en gelijke behandeling is nog niet uitgekristalliseerd. Als uitgangspunt geldt dat cao-partijen bij de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming het recht op gelijke behandeling dienen te eerbiedigen. Het Hof van Justitie van de EU neemt aan dat het antidiscriminatierecht zonder meer van toepassing is op cao's, terwijl de nationale rechtspraak – waartoe voor het gemak ook de uitspraken van de Commissie Gelijke Behandeling (thans College voor de Rechten van de Mens) worden gerekend – een genuanceerder standpunt inneemt. Het feit dat de bepalingen in collectieve onderhandelingen tot stand zijn gekomen, speelt echter steeds een rol bij de beoordeling van de rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid. Het gelijkebehandelingsrecht is van toepassing, maar de sociale partners krijgen veel beoordelingsvrijheid bij de beslissing welke doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid na te streven en welke maatregelen daarbij gebruikt moeten worden. Die vrijheid is overigens groter bij leeftijdsonderscheid dan bijvoorbeeld bij onderscheid op grond van geslacht. Dit neemt echter niet weg dat sociale partners zich te allen tijde rekenschap moeten geven van gelijke behandeling en dat gelijke behandeling één van de belangrijkste juridische grenzen vormt op de *inhoud* van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. In de praktijk zullen de individuele werkgevers die de cao toepassen immers steeds de objectieve rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid moeten aanvoeren. Een enkele verwijzing naar een cao-bepaling ter rechtvaardiging van het onderscheid zal onvoldoende zijn als onderbouwing. De bestudering van het onderwerp heeft ten aanzien van baan- of werkzekerheidsafspraken in cao's de volgende algemene conclusie voortgebracht: cao-bepalingen waarin leeftijdsonderscheid wordt gemaakt zullen eerder geoorloofd zijn wanneer met de cao-bepaling de verhoging van de arbeidsparticipatie beoogd wordt, dan wanneer de bepaling in teken staat van financiële compensatie bij afvloeiing.

Het EU-recht is op het vlak van gelijke behandeling belangrijk (geweest), maar het belang van EU-recht voor het collectief overleg stopt niet hier. Sterker nog, de sociale partners hebben in toenemende mate met het EU-recht te maken. Ook op dit niveau is

het collectief overleg – en het bijbehorende recht op collectieve actie – erkend als een grondrecht, doch niet een grondrecht dat prioriteit heeft boven de communautaire fundamentele vrijheden: vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal. Nu zijn cao's wel wegens hun aard en hun doel uitgesloten van de werking van het verbod van mededingingsafspraken, toch lijkt deze 'immuniteit' genuanceerd te moeten worden waar het cao-bepalingen betreft waarin minimumtarieven of vaste tarieven voor zelfstandigen zijn vastgelegd. Bij werkzekerheidsafspraken waarbij 'derden', zoals outplacementbureaus, betrokken zijn kan het mededingingsrecht ook van belang zijn. Het in de cao aanwijzen van een derde private partij of in de cao een limitatieve opsomming geven van partijen die een deel van de cao-afspraken uitvoer moet(en) brengen lijkt uit het mededingingsperspectief niet geoorloofd. De cao-partijen moeten zich bij het maken van dergelijke afspraken steeds afvragen of ze met hun afspraak de vrije mededinging op de desbetreffende markt niet te veel beperken.

Het EU-recht vormt echter zeer zeker niet alleen een beperking voor het collectief overleg, het *ondersteunt* ook het collectief onderhandelen. Dat blijkt het beste uit de Richtlijn Collectief ontslag die het formele aanknopingspunt vormt voor de werknemersorganisaties om in het overleg betrokken te worden over (een voornemen tot) collectief ontslag. De Richtlijn heeft ervoor gezorgd dat het tussen de sociale partners in het kader van collectief ontslag onderhandelen over banen en de manier om het verlies van banen te compenseren een wettelijke verplichting is geworden. De juridische ruimte die de cao-partijen hebben om dan afspraken te maken over baan- dan wel werkzekerheid is groot. De onderhandelingen in het kader van collectief overleg moeten echter onderscheiden worden van de onderhandelingen in het kader van de overgang van onderneming. Hoewel de laatste situatie (uiteindelijk) ook grote veranderingen voor de werkgelegenheid mee kan brengen, is de 'speelruimte' voor collectieve onderhandelingen hier veel kleiner. De Richtlijn Overgang van onderneming regelt namelijk zelf de rechtsgevolgen van de overgang ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden. De Uitzendrichtlijn tot slot laat ten aanzien van de ruimte voor cao-partijen een zeer gemixt beeld zien. Aan de ene kant hebben ze grote vrijheid om collectieve afspraken te maken die afwijken van het principe van gelijke behandeling van uitzendkrachten, terwijl hun onderhandelingsruimte wat betreft de afspraken over de inzet van uitzendkrachten voor een groot deel verkleind lijkt te zijn en dit ten nadele van de werknemersvertegenwoordigers. Het is niet ondenkbaar dat de Uitzendrichtlijn zo wordt uitgelegd dat bijvoorbeeld het maximaleren van het volume uitzendkrachten in een bedrijf of een sector om zo de baan- of werkzekerheid te vergroten ongeoorloofd wordt geacht. In dat geval hebben zij hier met een serieuze juridische beperking ten aanzien van hun contractsvrijheid te maken.

De resterende, maar tevens waarschijnlijk de belangrijkste, beperkingen van de collectieve contractsvrijheid zijn te vinden in de dwingende wetsbepalingen van het Nederlandse arbeidsrecht. Net als partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst, moeten cao-partijen deze wettelijke bepalingen respecteren, tenzij voor hen

speciale afwijkmogelijkheden zijn gereserveerd: de driekwartdwingende bepalingen. Ten aanzien van inzetbaarheid en van-baan-naar-baan transitie – in de literatuur twee meest genoemde elementen van werkzekerheid – is in de wet echter nauwelijks iets geregeld, wat betekent dat cao-partijen grote vrijheid hebben eigen regelingen te treffen. Dat is anders ten aanzien van het meest genoemde element van baanzekerheid: de ontslagbescherming. Het huidige Nederlandse ontslagrecht biedt de werkgever de mogelijkheid om *te allen tijde* een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter in te dienen. Deze mogelijkheid kan bij cao niet uitgesloten of beperkt worden; een dergelijk beding is nietig. Ook de bevoegdheid om de overeenkomst op te zeggen kan niet contractueel worden uitgesloten. Ontslag helemaal uitsluiten kunnen de cao-partijen dus niet. Dat betekent dat ook in cao's geen absolute baan-zekerheid geboden kan worden. Cao-partijen kunnen wel overeenkomen dat slechts op bepaalde gronden een (regelmatige) opzegging mogelijk is. Zij kunnen ook baan-zekerheid vergroten door in een cao op te nemen dat de werkgever alvorens hij tot ontslag overgaat bijvoorbeeld verplicht is te onderzoeken of hij de werknemer eerst binnen de eigen organisatie een andere functie kan aanbieden. Cao's kunnen ook werkzekerheid vergroten door allerlei begeleidingsmaatregelen bij ontslag beschikbaar te stellen. De verwachting is dat als gevolg van de uitwerkingen van het Sociaal Akkoord van 2013 de regelingsruimte voor cao-partijen op het gebied van het toepasselijke ontslagrecht aanzienlijk vergroot zal worden. Ten aanzien van het werkgelegenheids-, wervings- en arbeidsorganisatiebeleid van een onderneming vinden we weinig wettelijke bepalingen, wat betekent dat de onderhandelingsruimte van sociale partners hier groot is. Sterker nog, zij hebben hier (samen met de ondernemingsraad) het primaat.

Het bovenstaande laat zien dat de juridische ruimte waarin de cao-partijen opereren complex is en aan verandering onderhevig. Een samenvattend oordeel is dat die juridische ruimte om cao-afspraken te maken over baan- en werkzekerheid groot is, maar niet onbeperkt. Met name de regels die als doel hebben de (Europese) markt te 'openen', kunnen aanzienlijke obstakels blijken voor de partijen om collectieve regelingen te treffen die het meest aansluiten bij de belangen van hun achterban. Toch kan niet gezegd worden dat het recht de sociale partners niet (voldoende) faciliteert om zulke afspraken te maken. De collectieve contractsvrijheid is (nog steeds) aanzienlijk te noemen.

Interessante vraag is of er vanuit de optiek van de juridische onderhandelingsruimte iets gezegd kan worden over een 'voorkeur' voor baan- of werkzekerheid. Worden ze ten opzichte van het ene type zekerheid meer in staat gesteld dan ten opzichte van het andere type? Het antwoord is niet evident. Wel is het zo dat ten aanzien van baanzekerheid – en dan met name de ontslagbescherming – meer individuele wettelijke waarborgen bestaan, waardoor er op dit gebied weinig afhangt van cao-onderhandelingen. Ten aanzien van werkzekerheid is de stand anders: indien cao-partijen niets regelen aan bijvoorbeeld scholingsrechten of begeleiding naar een andere baan, dan bestaan er voor de werkgever op dit vlak weinig tot geen wettelijke verplichtingen. Dat betekent dat werknemersvertegenwoordigers echt moeten

kiezen om bij de onderhandelingen 'op werkzekerheid in te zetten' en dat betekent waarschijnlijk dat ze op andere punten moeten inleveren. Wanneer dit tegen elkaar afgezet wordt, komt het aannemelijk voor dat het makkelijker om iets in stand te houden – en in dit geval is dat baanzekerheid – dan om iets nieuws te creëren, namelijk werkzekerheid.

Werkzekerheid in de praktijk: empirisch onderzoek naar cao- afspraken op het gebied van baan- en werkzekerheid

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt verslag gedaan van het empirisch onderzoek naar de cao-afspraken op het gebied van baan- en werkzekerheid.¹ Het doel van dit onderzoek naar de inhoud van de cao's was in de eerste plaats om een inzicht te krijgen in de manier waarop de cao-partijen momenteel inhoud trachten te geven aan werkzekerheid. Daarnaast is onderzocht of er cao-bepalingen zijn die juist op baan- en werkzekerheid gericht lijken te zijn. De resultaten zijn in het volgende hoofdstuk gebruikt om voor een aantal deelonderwerpen specifiek te onderzoeken wat het rechtskarakter en de rechtswerking van de belangrijkste cao-bepalingen zijn. De juridische analyse van de cao-bepalingen wat betreft de binding van de werknemers en de werkgevers volgt dus in het volgende hoofdstuk. Op deze plek is het van belang begrip te krijgen van de inhoud en de aard van de verschillende cao-afspraken die in de praktijk worden gemaakt en die onder de noemer werkzekerheid dan wel baan- en werkzekerheid geschaard kunnen worden of werkelijk door cao-partijen geschaard worden. Indien nodig – bijvoorbeeld voor zover het niet in eerdere hoofdstukken aan bod is gekomen – wordt het juridisch kader van het specifieke onderwerp waar de cao-bepaling op doelt, kort weergegeven voor een beter begrip van de context van de bepaling.

Eerst wordt hieronder uitgelegd welke cao's onderzocht zijn en op welke manier dit is gebeurd. Vervolgens wordt verslag gedaan van de bevindingen die het onderzoek heeft opgeleverd, waarna conclusies kunnen worden getrokken over de manier waarop de cao-partijen in de periode waarin de onderzochte cao's zijn gesloten, inhoud hebben gegeven aan baan- en/of werkzekerheid in cao's. Bij het onderzoek is niet alleen stilgestaan bij *wat* de afspraken inhouden, maar ook *wie* ze betreffen (welke doelgroepen) en *hoe* ze zijn geformuleerd. Met het laatste wordt bedoeld hoe concreet staat beschreven wie waarvoor verantwoordelijk is. Houdt de cao-bepalingen bijvoorbeeld een concrete aanspraak in voor de werknemer? Hoe vager

1 Delen van dit hoofdstuk zijn eerder in een gewijzigde versie verschenen in een artikel van mijn hand in het ESB, zie N. Zekić, 'De actuele invulling van het werkzekerheidsbeleid in Nederlandse cao's', *ESB* 2012 vol. 97, nr. 4647S, p. 56-61.

immers een afspraak is geformuleerd hoe onduidelijker het is welke actie naar aanleiding van die afspraak ondernomen kan of moet worden en wie ervoor verantwoordelijk is.

In dit verslag worden regelmatig cao-bepalingen zoals ze letterlijk luiden als voorbeeld aangehaald. Dit gebeurt om te illustreren hoe bijvoorbeeld scholing in de cao geregeld kan zijn. Daarbij wordt steeds vermeld uit welke cao de bepaling afkomstig is. Voor juristen is het van groot belang om de letterlijke tekst van een bepaalde afspraak te zien. Het is deze letterlijke tekst die het uitgangspunt vormt voor de verdere (juridische) interpretatie. Het is echter hierbij van belang te benadrukken dat wanneer men een cao-bepaling 'isoleert', dat wil zeggen van de rest van de cao-bepalingen scheidt, men daarmee zeer beperkte informatie krijgt over de hele cao. Wanneer men zich concentreert op slechts één bepaling of zelfs een groep samenhangende bepalingen, dan kan daardoor een eenzijdig beeld van een bepaalde cao ontstaan. De letterlijke tekst van elke cao is immers het resultaat van onderhandelingen. Dat betekent dat partijen op onderdelen ook compromissen hebben moeten sluiten. Het is zeer wel mogelijk dat bij die compromissen verschillende onderdelen waar de cao betrekking op heeft betrokken zijn geweest. Zo kan een (hogere) loonstijging 'geruild' zijn geweest tegen een groter scholingsbudget. Eén cao-bepaling kan dus slechts een deel van een compromis zijn; zij vertelt vaak niet het 'hele verhaal'. Een cao zal door partijen echter dikwijls als één geheel worden bekeken. Bijvoorbeeld wanneer een concept-cao wordt voorgelegd aan de achterban (ofwel leden) van de onderhandelende partijen, dan zullen zij de cao vermoedelijk ook als één geheel lezen en als één geheel beoordelen. Dit gegeven dient steeds in aanmerking te worden genomen wanneer men de aangehaalde cao-bepalingen leest. De bepalingen die als voorbeeld worden aangehaald zijn er ter illustratie van hoe een bepaald thema in de cao's wordt geregeld. Op basis van deze geïsoleerde cao-bepalingen kan men niet een oordeel over de hele cao vormen.

6.2 Welke cao's zijn onderzocht?

Voor het onderzoek is gebruik gemaakt van de steekproef van 100 cao's in mei 2012 gemaakt door het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW). Het ministerie maakt deze steekproef ten behoeve van zijn cao-onderzoek, de zogenoemde voorjaars- en najaarsrapportages.² Het betreft reguliere cao's, wat wil zeggen dat niet in aanmerking zijn genomen cao's over een specifiek onderwerp, zoals vervroegde uittreding. De onderzochte cao's zijn ofwel ondernemings-cao's die van toepassing zijn op 3.000 of meer werknemers ofwel bedrijfstak-cao's die van toepassing zijn op 10.000 of meer werknemers. Daarmee zijn deze cao's dus niet representatief voor alle cao's in Nederland, want het betreft redelijk grote ondernemingen en sectoren, maar ze zijn wel representatief naar werknemersaantallen, omdat met deze steekproef ongeveer 85-90% van alle werknemers die onder een cao vallen, wordt

2 Voor de voorjaars- en najaarsrapportages en andere cao-onderzoeken zie cao.szw.nl. Sinds 2011 wordt op deze manier slechts een keer per jaar gerapporteerd.

gedekt. De onderzochte cao's zijn dus van toepassing op een grote meerderheid van alle werknemers in Nederland die onder een cao valt en daarom kunnen ze als belangrijkste cao's worden aangemerkt. Om die reden zijn dezelfde 100 cao's ook voor dit werk onderzocht.³ Het was nodig met een steekproef te werken gezien het grote aantal cao's in Nederland. In 2011 meldt het ministerie van SZW ongeveer 700 reguliere op dat moment geldende cao's in zijn bestand te hebben.⁴ Daaronder vielen ruim 5,5 miljoen werknemers. Het betreft 196 bedrijfstak-cao's met bijna 5 miljoen werknemers en 504 ondernemings-cao's met bijna 0,6 miljoen werknemers. Wat hierbij meteen opvalt, is de 'grootte' van de bedrijfstak-cao's waar het werknemersaantallen betreft. De ruim 500 aangemelde ondernemings-cao's zijn namelijk van toepassing op een relatief kleine groep werknemers. De reguliere bedrijfstak-cao's zijn van toepassing op meer dan 5 miljoen werknemers, waarvan overigens een relatief klein aantal via het algemeen verbindend verklaren onder de werking van de cao komt.⁵

In bijlage I is een overzicht van de onderzochte cao's te vinden. De meeste cao's waren van kracht in de periode tussen 2010 en 2013. Het onderzoeken van de meeste cao's heeft in het voorjaar van 2012 plaatsgevonden, met als afrondingsdatum 30 april 2012. Een aantal cao's moest echter op een latere datum onderzocht worden, omdat het in die periode niet beschikbaar was.⁶ In de meeste gevallen kon de cao worden gevonden via de openbare website van het ministerie van SZW.⁷ Vermeldenswaardig is ook dat in principe de 'oorspronkelijke' cao's bestudeerd zijn en niet de algemeen verbindend verklaarde versies ervan.⁸

In de overheidssector kan er strikt genomen geen sprake zijn van een cao in de zin van de Wet CAO, aangezien ambtenaren geen arbeidsovereenkomst hebben. Toch wordt er tussen de 'overheidswerkgevers' en werknemersorganisaties collectief onderhandeld over arbeidsvoorwaarden en worden er overeenkomsten gesloten.⁹ Deze overeenkomsten worden doorgaans aangeduid als cao's.¹⁰ Zij worden vervolgens vertaald

3 Een klein aantal cao's is aan de steekproef toegevoegd. Het betreft cao's waarover op basis van nieuwsberichten voor dit werk interessante ontwikkelingen in de onderhandelingen waren gesignaleerd. Het betreft de cao voor Unilever, de cao voor KLM Grondpersoneel en de cao voor Fortis bank.

4 Ministerie SZW, *Cao-afspraken 2011*, Den Haag, oktober 2012 p. 95

5 Ruim 4,9 miljoen werknemers valt 'rechtstreeks' onder de werking van een bedrijfstak-cao en ongeveer 0,5 miljoen werknemers wordt door het algemeen verbindend verklaren van deze cao's gebonden. Zie het hierboven genoemde rapport, p. 97.

6 Cao's worden niet altijd tijdig bij het ministerie van SZW aangemeld. Voor deze groep cao's was de afrondingsdatum 18 oktober 2013.

7 Cao.szw.nl. Dit geldt niet voor de 'overheidsakkoorden', aangezien deze niet altijd beschikbaar zijn via de website van het ministerie. Om die reden is www.caoresearch.nl ook geraadpleegd.

8 Dit heeft te maken met het feit dat intentieverklaringen, protocollen of aanbevelingen en eventuele toelichtingen op de cao niet algemeen verbindend worden verklaard, zie 4.3 Toetsingskader AVV.

9 Volgens Jacobs ligt de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming bij de over 'heel dicht (...) bij die in de marktsector', zie Jacobs 2005, p. 357.

10 L.C.J. Sprengers, 'CAO bij de overheid: Is er nog wel reden voor een apart overlegstelsel bij de overheid?', *SR* 2005, 65.

in een wijziging van de rechtspositieregeling. Ten behoeve van dit onderzoek hebben wat de overheidssectoren betreft de teksten van deze overeenkomsten – meestal principeakkoorden – centraal gestaan.¹¹ De bijbehorende rechtspositieregelingen zijn sporadisch in het onderzoek betrokken om een ‘compleet beeld’ te krijgen.¹²

6.3 Hoe zijn de cao's onderzocht?

Alle cao's zijn zorgvuldig en integraal bestudeerd. Alleen die cao-bepalingen die verband houden met een of meer onderwerpen van het ondernemingsbeleid, die in hoofdstuk 2 het kader van baan- en werkzekerheid zijn geformuleerd, zijn geselecteerd voor verder onderzoek. Die onderwerpen zijn: werkgelegenheidsbeleid, aanstellings- en wervingsbeleid, arbeidsorganisatiebeleid en ontslagbeleid. Daarbij is met name gelet op de twee meest genoemde elementen van werkzekerheid, namelijk inzetbaarheid en transitie, die zowel onder het werkgelegenheids- als het arbeidsorganisatiebeleid geschaard kunnen worden. De geselecteerde bepalingen zijn vervolgens gegroepeerd, zodat ze met elkaar konden worden vergeleken om zo overeenkomsten en verschillen te kunnen ontdekken. Op die manier konden kenmerken gesignaleerd worden die steeds naar boven komen, op basis waarvan de bepalingen verder konden worden geclassificeerd.¹³ Bij bepalingen over scholing bleek bijvoorbeeld dat veel cao's een scholingsrecht of een scholingsplicht inhouden of dat ze bijvoorbeeld scholingskosten betreffen.

Indien dit mogelijk was, zijn de bevindingen steeds geplaatst in het breder kader van wat al op basis van andere onderzoeken over cao's bekend is. Daarbij zijn met name de bevindingen uit cao-onderzoeken van het ministerie van SZW van belang. De toegevoegde waarde van dit onderzoek bevindt zich in de nadruk die in dit onderzoek is gelegd op het juridische gehalte van de gevonden cao-bepalingen. Er wordt niet alleen vermeld hoe vaak iets in een cao voorkomt, maar met name wat het inhoudt en wat het betekent voor individuele werknemers.

11 In het overzicht in bijlage I staat bij deze ‘overheidsakkoorden’ steeds een bepaalde looptijd weergegeven. Dit is de tijd zoals in het akkoord opgenomen. De wijzigingen in de rechtspositieregeling gelden echter voor onbepaalde tijd, dat wil zeggen tot de volgende wijziging.

12 Om bijvoorbeeld te onderzoeken hoe een belangrijke afspraak in het principeakkoord precies is verwoord in de rechtspositieregeling.

13 Bij de geselecteerde cao-bepalingen is in feite de methode van ‘open codering’ toegepast, dat wil zeggen dat elke bepaling zorgvuldig is bekeken en in fragmenten ingedeeld om vervolgens die fragmenten te coderen (labelen), waarbij de code eerst een soort samenvatting van de tekst is, die vervolgens onder een samenvattende naam teruggebracht kan worden. Zie H. Boeijs, *Analyseren in kwalitatief onderzoek*, Amsterdam: Boom Lemma uitgevers, p. 85.

6.4 Werkgelegenheidsbeleid

6.4.1 Inzetbaarheid

6.4.1.1 Samenhangend pakket maatregelen

Het thema inzetbaarheid heeft duidelijk de aandacht van cao-partijen. Het was al bekend dat de meeste cao's scholingsafspraken bevatten.¹⁴ De vraag is nu of scholing de enige manier is waarop in cao's invulling wordt gegeven aan het thema inzetbaarheid, of bevat dat thema een breder pakket aan maatregelen en zo ja, wat wordt eronder verstaan.¹⁵ De neiging bestaat om cao-afspraken over inzetbaarheid¹⁶ als 'nieuw' te betitelen aangezien dit een zeer actueel thema is, toch wijst het onderzoek uitgevoerd door het ministerie van SZW uit dat het percentage cao's met 'employability-afspraken' in het afgelopen decennium in feite vrijwel constant is gebleven.¹⁷ Hoewel dit onderwerp dus toch relatief lang op de agenda staat, kan uit de cao-bepalingen echter duidelijk opgemaakt worden dat veel cao-partijen zich nog (steeds) middenin een zoektocht bevinden naar een concrete invulling van maatregelen die bijvoorbeeld tot 'duurzame inzetbaarheid' zouden moeten leiden.

Cao DSM Limburg (protocol)

Partijen hebben, zich bewust zijnde van hun gemeenschappelijk belang en gezamenlijke verantwoordelijkheid, afgesproken initiatieven te zullen ontwikkelen om in 2011 duurzame inzetbaarheid vorm en inhoud te geven.

Cao Doe-het-zelfbranche (art. 9.4)

De werkgever zal tijdens de looptijd van deze cao starten met de ontwikkeling en invoering van een loopbaanbeleid dat is gericht op het zich in staat stellen van werknemers om zich aan te passen aan veranderingen binnen de organisatie en de daaruit voortvloeiende (nieuwe) functie-eisen.

In de meeste gevallen blijkt inderdaad dat datgene wat onder de noemer employability of inzetbaarheid in een cao wordt geschaard, in feite afspraken over scholing of scholingsbeleid te betreffen.¹⁸

Cao Particuliere Beveiliging (art. 94 lid 1)

Cao-partijen zullen gezamenlijk mogelijkheden onderzoeken om de inzetbaarheid van medewerkers gedurende een langere periode blijvend te stimuleren door scholing en training.

14 Zie verschillende cao-rapportages van het Ministerie van SZW.

15 In de voorjaarsrapportage van 2010 van SZW wordt gesproken over 'een samenhangend pakket aan employability-instrumenten, dat wil zeggen dat de te onderscheiden onderwerpen in onderlinge samenhang onder de noemer 'employability' of 'inzetbaarheid' in een specifiek hoofdstuk of bijlage worden vermeld'.

16 Hieronder moet ook steeds worden verstaan de term employability. De twee termen worden hier als synoniemen gebruikt.

17 Voorjaarsrapportage 2010, p. 38. Hier wordt gesproken over de periode 2002 – 2009.

18 In de volgende paragraaf zal scholing uitgebreid aan bod komen.

In sommige gevallen blijkt echter dat met employabilitybeleid meer wordt bedoeld dan scholing alleen. Mijn onderzoek laat zien dat ongeveer 40% van de onderzochte cao's al dan niet expliciet in het kader van inzetbaarheid aan een breder pakket maatregelen aandacht besteedt dan scholing alleen. Men denkt in termen van 'loopbaan' en 'ontwikkeling' en gaat uit van inzetbaarheid zowel binnen als buiten de onderneming. In een aantal cao's wordt in dit verband zelfs expliciet verwezen naar werkzekerheid.¹⁹

Cao Philips (art. 10.2)

Het huidige en toekomstig functioneren van de medewerker en de organisatie zijn nauw met elkaar verbonden. Ontwikkelen is een belangrijke voorwaarde om het huidige en toekomstige functioneren van zowel de organisatie als van de individuele medewerker te waarborgen en om *werkzekerheid* op kortere en langere termijn te bevorderen.

Cao Ikea (art. 24 sub a)

Onder inzetbaarheid verstaan CAO-partijen het vermogen van een medewerker om nu en op termijn functies te kunnen blijven vervullen, zodanig dat de *werkzekerheid* van de medewerker toeneemt primair binnen de IKEA organisatie, maar ook daarbuiten.

Uit de aangetroffen cao-bepalingen over inzetbaarheid is af te leiden dat veel cao-partijen wensen met het employability-beleid vooral preventief op te treden. Veranderingen binnen het bedrijf, maar ook op de arbeidsmarkt, worden door cao-partijen als een gegeven beschouwd. Dat besef willen de partijen ook aan de individuele werkgevers en individuele werknemers overbrengen.

Cao Grafimedia (art. 8.3.1)

Het opleidingsbeleid gaat uit van de huidige en toekomstige behoeften binnen de onderneming en op de arbeidsmarkt en is erop gericht de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt (binnen of buiten de onderneming) te behouden en zo nodig te versterken.

Cao Organon (art. 5.1.1)

Voortbestaan van de onderneming vraagt om voortdurende aanpassing aan veranderingen in de sociale, economische en technologische omgeving. Dit betekent dat elke actuele situatie binnen de onderneming per definitie tijdelijk is. Werkgever en werknemer dienen zich doorlopend van deze tijdelijkheid bewust te zijn en te anticiperen op mogelijke veranderingen door voortdurende aandacht voor de inzetbaarheid van de werknemer binnen de onderneming en de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt.

Zoals hierboven te zien is, betreft het in het kader van employability niet alleen cao's voor grote ondernemingen, maar ook bedrijfstak-cao's en soms zelfs cao's in de meer 'traditionele' sectoren, zoals de Grafimedia. Een aantal van die cao's schrijft voor dat de werkgever ieder jaar een bedrijfsontwikkelingsplan opstelt en individuele functioneringsgesprekken houdt, waaraan al dan niet het vaststellen van een

19 Dit is in ongeveer een derde van de onderzochte cao's het geval. Zie voor voorbeelden ook de cao Doe-het-zelfbranche (protocol 1), cao Organon (Bijlage II Protocol inzake het Werkgelegenheidsbeleid sub 4), cao ING (art. 8.1), cao SNS Reaal (protocol B).

'individueel ontwikkelingsplan' is verbonden.²⁰ Het is wel zo dat, bijvoorbeeld op het gebied van loopbaanbeleid, de ondernemings-cao's meestal meer gedetailleerde bepalingen bevatten dan bedrijfstak-cao's. Zij kennen ook vaker individuele 'employability-budgeten' toe dan bedrijfstak-cao's.²¹ Zo kent de cao voor KPN aan iedere werknemer een 'inzetbaarheidsbudget' van 1000 euro toe dat uitdrukkelijk aan niet-functiegericht opleidingen of aan een 'gezondheidscheck' kan worden besteed.²² Een aanzienlijk aantal cao's kent de werknemers het recht toe om buiten de directe leidinggevende (als een soort 'second opinion') een 'loopbaanadvies' of een 'loopbaanscan' te vragen.²³ Daarnaast geven veel cao's inmiddels ook recht op het volgen van een EVC traject, meestal eens in vijf jaar.²⁴

Cao Verzekeringsbedrijf binnendienst (art. 6.3.2d)

De werknemer kan als hij dat wenst buiten zijn direct leidinggevende om een second opinion vragen over zijn ontwikkelingsmogelijkheden.

Cao Recreatie (art. 22 lid 3)

De werknemer heeft eenmaal per jaar het recht op een gesprek met de leidinggevende over de eigen ontwikkelingsmogelijkheden. De werknemer heeft vervolgens eenmaal per drie jaar het recht, zonder interventie van de leidinggevende, op een scholingsadvies door middel van e-assessment uit de regeling tegemoetkoming cursuskosten voor de individuele werknemer van het SFRecreatie.

Cao Metalelektro (art. 3.13)

De werknemer heeft vanaf 1 januari 2008 eenmaal in elke periode van vijf kalenderjaren recht op het door de werkgever vergoeden van gemaakte kosten voor een EVC-test tot een bedrag van ten hoogste € 750 bruto.²⁵

Scholing blijft dus het belangrijkste instrument in het kader van het inzetbaarheidsbeleid, maar wordt soms uitgebreid door 'loopbaanadviezen' van deskundigen en EVC-trajecten. In een aantal cao's worden stages en 'collegiale uitwisseling' als additionele instrumenten genoemd waarvan gebruik gemaakt kan worden.²⁶

20 Bijv. cao Wonen, art. 7-3. De cao voor de Sociale Werkvoorziening koppelt aan het opstellen en het volgen van een individueel ontwikkelingsplan een beloning op het niveau van het minimumloon gedurende maximaal vijf jaar voor werknemers die voor het eerst een dienstbetrekking in het kader van de Wsw aanvaarden (art. 9.2).

21 Zie naast de weergegeven voorbeelden ook cao Heineken (art. 55A).

22 Art. 7.2 jo. 7.4. Er is een limitatieve opsomming van niet-functiegericht opleidingen die uit dit budget bekostigd kunnen worden. Zie verder ook cao ING, art. 8.2 sub b, cao Architectenbureaus art. 25 lid 1. Zie verder ook cao Geestelijke Gezondheidszorg (hoofdstuk 12, sub C art. 1 lid 1), cao Gemeenten (art. 17.3 en 17.4), cao Achmea (art. 35 lid 1), cao Universiteiten (art. 6.9) kent ten minste 2 'ontwikkelingsdagen' toe.

23 Zie naast deze voorbeelden ook cao Rabobank (hoofdstuk IV), cao Organon (art. 5.3.1), cao ING (art. 8.3 sub f), cao SNS REAAL (protocol C3), cao Achmea (art. 6.4 lid 2), cao Geestelijke Gezondheidszorg (hoofdstuk 16, sub A, art. 3), cao Timmerindustrie (art. 47 lid 4a), cao Universiteiten (art. 6.5 lid 3 en 4), cao Gemeenten (art. 17.5), cao Grafimedia (art. 8.5).

24 EVC staat voor ervaringscertificaat eerder verworven competenties.

25 In de nieuwe cao is dit bedrag verhoogd naar 850 euro (zie het principeakkoord).

26 Zie naast onderstaande voorbeelden ook cao Openbaar Vervoer (bijlage 23A), Cao Particuliere Beveiliging (art. 94 lid 2), Cao NS (art. 86 b en c), Cao SNS (protocol C.8), cao ING (art. 8.3sub c), cao Achmea (art. 6.8.2).

Cao Recreatie (art. 22 lid 6)

Werknemer heeft het recht te verzoeken om uitwisseling met een andere werknemer op wie deze cao eveneens van toepassing is.

Cao Rabobank (hoofdstuk IV)

Een stage binnen of buiten de Rabobank is een mogelijkheid die medewerker en leidinggevende in overleg kunnen inzetten, als oriëntatie op een andere werkomgeving of functie.

In een aantal sectoren ligt de nadruk echter naast deze preventieve inspanningen op de (noodzakelijke) van-baan-naar-baan transitie.²⁷ Dit is met name het geval in de publieke sector.

Cao Gemeenten (principeakkoord 2011-2012)

Op korte termijn zullen veel werknemers herplaatst moeten worden. Het organiseren van VWNW activiteiten is een belangrijk onderdeel van goed werkgeverschap. Gemeenten willen medewerkers die ander werk willen of moeten zoeken optimaal begeleiden en ondersteunen in het zoeken naar ander werk. Gemeenten spannen zich in om werknemers actief te houden op de arbeidsmarkt middels interne en externe mobiliteit en loopbaanbeleid. Werknemers leveren hun bijdrage door mee te werken aan de noodzakelijke mobiliteit en flexibilisering van arbeidsvoorwaarden. Zij moeten bereid zijn oude zekerheden los te laten en vanuit het uitgangspunt van werk-naar-werk flexibel inzetbaar zijn om de gewenste veranderingen in de sector verantwoord en slagvaardig te realiseren.

In het bovenstaande voorbeeld is te lezen dat er ook aan de kant van de werknemers verplichtingen zijn in dit verband. Steeds wordt in feite de gedeelde verantwoordelijkheid voor (het op peil houden van) de inzetbaarheid van de werknemers benadrukt. Van hen wordt – vaak impliciet, maar soms ook expliciet – flexibiliteit verwacht, niet alleen waar het hun bereidheid betreft om aan scholing mee te doen, maar ook waar het hun bereidheid betreft om de wijziging van arbeidsvoorwaarden te accepteren en soms ook een andere baan bij een andere werkgever te accepteren.

Cao ING (art. 8.1 sub i)

Employability is niet vrijblijvend. De employability inspanningen worden meegenomen in de beoordeling in het kader van Succesvol Functioneren. Van medewerkers wordt verwacht dat zij zichzelf flexibel houden en inzetbaar blijven in een steeds veranderende organisatie en/of op de externe arbeidsmarkt.

Cao Achmea (art. 6.1)

Van de medewerkers wordt in het kader van hun employability en loopbaanperspectief eigen verantwoordelijkheid, eigen initiatief en een positieve opstelling verwacht.

6.4.1.2 Scholing

Scholingsbeleid

Hoewel bijna alle cao's bepalingen over scholing bevatten, zijn er nog steeds cao's waarin (nog) niets of bijna niets over scholing is geregeld. De cao voor de Technische

²⁷ Hierover meer in de paragraaf 'transities'.

Groothandel is een voorbeeld van een cao waarin niets over scholing is geregeld.²⁸ Ook de cao voor Callcenter-medewerkers verplicht de werkgever enkel een zogenoemde opleiding Starterscertificaat aan te bieden.²⁹ Verder bevat de cao geen bepalingen omtrent scholing of ontwikkeling.³⁰ In sommige sectoren en ondernemingen is scholing en het scholingsbeleid geheel overgelaten aan het overleg tussen de werkgever en het medezeggenschapsorgaan.³¹

De meest voorkomende bepalingen over scholing in bedrijfstak-cao's zijn die waarin de opdracht voor individuele werkgevers is opgenomen om een scholingsplan op ondernemingsniveau te ontwikkelen en deze aan de werknemers kenbaar te maken.³²

Cao Zoetwarenindustrie (art. 46, sub 1)

Iedere onderneming is verplicht een scholingsplan te ontwikkelen en vanaf 1 januari 2008 aan te bieden aan de werknemers.

In een klein aantal cao's wordt aan het niet ontwikkelen van een scholingsbedrijfsplan een 'sanctie' of in elk geval een gevolg gekoppeld. Een voorbeeld is de cao voor de Mode-, interieur-, tapijt- en textielindustrie. Daarin is bepaald dat wanneer de werkgever geen scholingsbedrijfsplan ontwikkelt in samenwerking met de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, de werknemers een individueel recht op scholingsverlof krijgen.³³ Een vergelijkbare bepaling is in de cao voor de Bouwnijverheid te vinden.³⁴ Sommige cao's zijn vrij strikt in hoe het scholingsbeleid eruit moet zien.

Cao Timmerindustrie (art. 47 lid 3)

De werkgever dient een scholingsbeleid te voeren dat minstens twee maal zoveel scholingsdagen omvat als het aantal full-time equivalenten (FTE's) in de onderneming. Dit aantal scholingsdagen is onafhankelijk van de arbeidsduur in de onderneming.

Scholingsrecht en scholingsplicht

Vanuit juridische oogpunt zijn scholingsbepalingen waarin concrete rechten en plichten van de individuele werknemers met betrekking tot scholing zijn geregeld het interessants. Lang niet alle scholingsafspraken worden in termen van concrete rechten en plichten geformuleerd. Uit de voorjaarsrapportage van het ministerie van SZW uit 2010 bleek dat in 52 van de 115 onderzochte cao's een recht *en/of* een plicht

28 De cao bevat wel een bepaling (art. 64) waarin staat dat de werkgever een leeftijdsbewust en op employability gericht personeelsbeleid dient te voeren. De enige concrete maatregel die in dat kader expliciet genoemd wordt is echter het voeren van functioneringsgesprekken.

29 Cao Facilitaire Callcenters, art. 27.4.

30 Ook voor de onderzochte cao voor Albert Heijn distributie geldt dat deze weinig bepalingen over scholing bevat. Pas de cao die geldt voor 2012-2014 – en die verder niet is onderzocht – bevat een bepaling over een persoonlijk ontwikkelingsbudget.

31 Cao voor de postbezorgers van Post NL is een voorbeeld hier. In die cao is enkel opgenomen dat wat de opleidingsfaciliteiten de bepalingen van de 'concernregeling' van toepassing zijn, zie art. 35.

32 Zie naast het onderstaande voorbeeld ook cao Bakkersbedrijf (art. 6.11).

33 Cao Mode-, interieur-, tapijt- en textielindustrie (art. 49 lid 2).

34 Cao Bouwnijverheid (art. 61a lid 2).

tot scholing was opgenomen. Uit mijn onderzoek blijkt dat in ongeveer *een derde* van alle onderzochte cao's, de cao de mogelijkheid opent voor de werkgever om de werknemer te verplichten scholing te volgen die de werkgever nodig acht voor het bedrijf of de betreffende functie.³⁵ Het gaat dan meestal om functiegerichte scholing.³⁶

Cao Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraam- en Jeugdgezondheidszorg (art. 43)
De werkgever kan de werknemer verplichten een opleiding of bijscholing te volgen die noodzakelijk is voor een goede uitoefening van de functie.

In uitzonderlijke gevallen is echter ook bepaald dat de werkgever de werknemer kan verplichten scholing te volgen in het kader van zijn employability, waarbij dus in het midden wordt gelaten om welke soort scholing het gaat.

Cao Informatie-, communicatie- en kantoortechnologiebranche (hoofdstuk 7, art. 3.2)
De werkgever kan de werknemer verplichten tot het volgen van opleidingen in het kader van zijn employabiliteit voor zover dit in redelijkheid van de betrokken werknemer is te eisen.

In bijna de helft van alle onderzochte cao's (47%) is een recht op scholing gecreëerd op kosten van de werkgever. Sommige cao's bepalen expliciet dat er een scholingsrecht en een scholingsplicht bestaat. In sommige gevallen geldt het recht op scholing alleen wanneer het scholing betreft bij door de bedrijfstak erkende opleidingsinstituten. Andere cao's erkennen het recht op scholing in het algemeen.³⁷

Cao Wonen (art. 7-7)
Een werknemer van 20 jaar en ouder kan verplicht worden tot scholing, maar heeft ook recht op scholing.

Cao Recreatie (art. 22 lid 2)
De werknemer heeft recht om met behoud van salaris cursussen te volgen bij door de bedrijfstak erkende opleidingsinstituten met een maximum van vijf dagen per kalenderjaar.

Er kan overigens een aanzienlijk verschil tussen deze cao's bestaan wat betreft de tijd of het budget dat de werknemer aan scholing kan besteden. De cao voor Motorvoertuigen- en Tweewielerbedrijf kent bijvoorbeeld het recht toe op één doorbetaalde scholingsdag per jaar, terwijl de cao voor Open Teelten bijvoorbeeld maximaal 10 dagdelen toekent.³⁸

In sommige cao's zijn de bepalingen over scholing echter zeer vaag, in die zin dat ze noch een recht op noch een plicht tot scholing inhouden. Een voorbeeld is de onderstaande bepaling uit de cao voor de Elektrotechnische detailhandel. Zulke

35 Naast de genoemde voorbeelden, zie ook cao Motorvoertuigen- en Tweewielerbedrijf (art. 101 lid 2), cao Dierhouderij (art. 5 lid 6), cao Wonen (art. 7-7), cao Particuliere Beveiliging (art. 59).

36 Zie ook cao Zoetwarenindustrie (art. 46, sub 2a) en Cao Taxivervoer (art. 1.15).

37 Naast de genoemde voorbeelden, zie ook cao Verzekeringsbedrijf binnendienst (art. 6.3.2b), cao Rabobank (hoofdstuk IV), cao Philips (art. 10.2), cao Metalelektro (art. 3.11 lid 1), cao Metaalbewerkingsbedrijf (art. 72b lid 1 en 3), cao Dierhouderij (art. 25), cao Bouwnijverheid (art. 61a lid 1) etc.

38 Cao Motorvoertuigen- en Tweewielerbedrijf (art. 102 lid 1 en 3) en cao Open Teelten (art. 33).

bepalingen hebben geen ander nut dan de werkgever en de werknemer eraan herinneren dat bepaalde mogelijkheden bestaan.³⁹

Cao Elektrotechnische detailhandel (art. 8.3)

Een werkgever en een werknemer kunnen overeenkomen dat de werknemer van de werkgever een vergoeding ontvangt voor de kosten van het volgen van een cursus. Ook kan dan worden overeenkomen dat de werknemer de dienstbetrekking niet beëindigt in de eerste drie jaar nadat hij de cursus heeft afgerond. Doet de werknemer dit toch, dan moet hij de werkgever de kosten die deze gemaakt heeft voor bijvoorbeeld boeken en reizen, terugbetalen.

In veel gevallen staat dat de werknemer een scholingsverzoek kan indienen. Juridisch gezien zijn deze bepalingen tamelijk overbodig, aangezien aangenomen kan worden dat de werknemer altijd wel een verzoek tot iets kan indienen, ook wanneer daarover niets in de cao staat. Dergelijke bepalingen kunnen echter wel nuttig zijn in die zin dat ze bijdragen aan de bewustwording met betrekking tot scholing.

Cao Hema (art. 9.3 lid 1)

De medewerker wordt de gelegenheid geboden om individueel zijn behoefte aan opleiding met werkgever te bespreken.

Cao-bepalingen over scholingsverzoeken worden echter wel juridisch relevant wanneer daarin staat hoe de werkgever met deze verzoeken dient om te gaan. Soms kan erin staan beschreven wanneer de werkgever een scholingsverzoek moet honoreren. In een aantal cao's staat dat de werkgever een scholingsverzoek moet honoreren wanneer deze bijdraagt aan het functioneren van de werknemer. Ook al bepaalt de cao dat de werkgever een scholingsverzoek in beginsel moet honoreren, de werkgever blijft doorgaans grote beoordelingsvrijheid toekomen in dezen.⁴⁰

Cao Horeca- en aanverwante bedrijf (art. 10 lid 3b)

De werkgever kan toekenning van de vergoeding slechts weigeren op de volgende grond(en):

- de beoogde ontwikkeling houdt geen verband met functies binnen het bedrijf van de werkgever; of
- de beoogde ontwikkeling sluit in redelijkheid niet aan bij het loopbaanperspectief van de werknemer; of
- het ontwikkelingsbudget van de werkgever voor het betreffende kalenderjaar is uitgeput.

Soms staat echter dat werkgever een scholingsverzoek alleen moet honoreren wanneer de scholing noodzakelijk is voor het functioneren. Wanneer iets noodzakelijk is voor het toekomstig functioneren is iets waarover men kan twisten.

Cao Zoetwarenindustrie (art. 46, sub 3)

Een werkgever honoreert een scholingsverzoek van een werknemer, voor zover deze scholing noodzakelijk is voor het huidige of toekomstig functioneren van de werknemer binnen de onderneming.

³⁹ Hier wordt ook uitdrukkelijk de mogelijkheid genoemd om een studiekostenbeding af te sluiten, terwijl er geen grenzen daaraan worden gesteld.

⁴⁰ Zie in vergelijkbare bewoordingen cao Ikea (art. 35 sub D lid 3).

Sommige cao's bepalen wel dat de werkgever een bepaald percentage van de loonsom (jaarlijks) aan scholing moet besteden, maar ze bepalen niet dat daarmee de werknemer ook een individueel recht op scholing heeft. De bepaling is dan niet normatief en dus ook niet door de individuele werknemer afdwingbaar. De werkgever heeft aan zijn verplichting voldaan wanneer hij een bepaald bedrag aan scholing van zijn werknemers heeft uitgegeven, maar hij kan daarbij kiezen welke werknemers hij laat scholen en welke niet. De werknemers die geen scholing hebben ontvangen zouden eventueel in het kader van gelijke behandeling scholing kunnen afdwingen; de cao helpt hen echter niet om scholing af te dwingen.

Cao Uitzendkrachten ABU (art. 43 lid 3)

De uitzendonderneming is verplicht 1,02% van het in het desbetreffende jaar aan uitzendkrachten werkzaam in fase A verschuldigde brutoloon te besteden aan scholing van uitzendkrachten.

Scholingskosten

Een belangrijk onderwerp in cao's in het kader van scholing betreft de vraag voor wiens rekening de scholingskosten komen. Cao's met een individueel scholingsbudget geven in dit opzicht veel duidelijkheid, maar ook autonomie aan de werknemer. Deze cao's maken in de meeste gevallen geen onderscheid tussen functiegerichte scholing en scholing in het kader van brede (externe) inzetbaarheid.⁴¹ Cao's met een individueel scholingsbudget zijn niet alleen ondernemings-cao's, maar ook bedrijfstak-cao's. Wel valt in dit verband op dat het bedrag (zowel individueel als collectief) dat besteed moet worden aan scholing en ontwikkeling aanzienlijk kan verschillen.⁴²

Bij cao's zonder een individueel budget – de meerderheid – is het veel minder duidelijk of en onder welke voorwaarden de werkgever de scholingskosten dient te vergoeden. Veel cao's maken hier een duidelijk onderscheid tussen scholing gevolgd op het initiatief van de werkgever en scholing gevolgd op het initiatief van de werknemer.⁴³ In het geval dat scholing verplicht is, bepaalt de cao doorgaans dat de kosten voor scholing voor de rekening van de werkgever komen. Wanneer scholing op initiatief van de werknemer wordt gevolgd, bijvoorbeeld in het kader van zijn employability, geldt meestal een regeling waarbij de kosten worden gedeeld tussen werkgever en werknemer.

Cao Wonen art. 7-7 (Scholingsplicht en scholingsrecht)

Als een werknemer een cursus wil volgen ter verbetering van zijn functioneren in zijn functie of beroep, dan heeft een werknemer recht op een vergoeding van tijd en geld. De helft van de benodigde tijd wordt vergoed, met een maximum van 20 uur per jaar. De kosten van de cursus (inclusief reiskosten) worden voor 50% vergoed, met een maximum van één bruto maandsalaris.

Cao Reisbranche art. 14 lid 1

De kosten van een branche- of functiegerichte opleiding op verzoek van de werkgever worden door de werkgever gedragen.

41 Zie bijv. cao Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf (art. 64).

42 Naast de genoemde voorbeelden, zie ook cao Grafimedia (art. 8.3.2), cao Unilever (art. 5.5), cao Jeugdzorg (art. 33.1a).

43 Bijv. cao voor de Doe-het-zelfbranche art. 8.6.2 en 8.6.3.

Hoewel in veel cao's uitdrukkelijk is bepaald dat de tegemoetkoming in scholingskosten ook van toepassing is op niet-functiegericht scholing, opdat de brede inzetbaarheid van de werknemer kan toenemen, dient het volgen van scholing vaak nog steeds in het belang van de werkgever te zijn. Het is daarnaast meestal geheel aan de werkgever om te beoordelen of de werknemer in aanmerking komt voor vergoeding van de scholingskosten. Zo bepaalt de cao voor het KLM Grondpersoneel dat de KLM onder bepaalde voorwaarden studiefaciliteiten kan verlenen. Die voorwaarden zijn onder andere 'het volgen van de studie die van belang is voor de KLM'.⁴⁴ Wanneer het volgen van de studie van belang is voor de KLM is ook aan KLM om te beoordelen. Ook de cao voor Delta Lloyd Groep kent een soortgelijke bepaling: 'De studiefaciliteitenregeling geldt voor iedere medewerker, maar alleen als de door de medewerker te volgen studie naar het oordeel van Delta Lloyd wenselijk of nuttig is of kan zijn voor het bedrijf'.⁴⁵ Zo maakt de cao voor Hema ook een duidelijk onderscheid tussen scholing gevolgd op verzoek van de werkgever en scholing gevolgd op verzoek van de werknemer. Bij het eerste type komen alle aan de opleiding verbonden kosten voor de rekening van de werkgever en wordt scholing zo veel mogelijk onder werktijd gevolgd.⁴⁶ Wanneer het scholing betreft die op verzoek van de werknemer plaatsvindt, wordt eerst gekeken naar het type scholing. Betreft het functiegericht scholing dan kan de werknemer 'onder bepaalde voorwaarden' in aanmerking komen voor een gedeeltelijke vergoeding van de noodzakelijke studiekosten.⁴⁷ Uit de tekst is niet meteen op te maken welke voorwaarden het hier betreft, behalve dat de werkgever vooraf ingestemd moet hebben met het volgen van de opleiding. Ook wanneer het niet-functiegericht scholing betreft, kan de werknemer in aanmerking komen voor een vergoeding van de kosten tot maximaal 50%, wanneer 'het bedrijfsbelang dat toelaat' en de werkgever ermee heeft ingestemd. Wanneer de werkgever er echter niet mee instemt, dan dient hij de afwijzing schriftelijk te motiveren en de personeelsfunctionaris te raadplegen.⁴⁸

In sommige cao's is te zien dat onder de invloed van de financiële crisis de budgetten voor scholing tijdelijk worden verlaagd. Zo was in de cao voor het Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf 2009 – 2011 nog een verplichting voor de werkgever opgenomen om bij iedere loonbetaling een bedrag gelijk aan 0,4% van het loon van elke werknemer te storten op zijn geblokkeerde individuele 'budgetrekening', welk tegoed van de rekening de werknemer vervolgens kon aanwenden voor scholing.⁴⁹ In de cao 2011 – 2013 is deze verplichting opgeschort dan wel in omvang verlaagd. De werkgever wordt tot 2012 helemaal van deze verplichting ontheven en in het jaar 2012 tot en met begin 2013 wordt hem een korting verleend van 0,2% punt;

⁴⁴ Cao KLM Grondpersoneel, bijlage 19 sub 2.

⁴⁵ Art. 7.5 lid 1.

⁴⁶ Cao Hema, art. 9.3 lid 3.

⁴⁷ Cao Hema, art. 9.3 lid 4 sub b.

⁴⁸ Cao Hema, art. 9.3 lid 4 sub c. Zie ook cao Openbaar Vervoer voor een vrij gedetailleerde omschrijving van de verschillende categorieën scholing waaraan specifieke bekostiging is opgehangen (bijlage 24 behorend bij art. 50).

⁴⁹ Cao Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf (art. 64).

de bijdrage is dan 0,2%. Ook de cao voor Achmea verlaagt tijdelijk de individuele 'vitaliteitsbudgetten'.⁵⁰ De cao voor het ONS Middelbaar Onderwijs kende aan elke werknemer in de jaren 2008 tot 2010 een bedrag ten behoeve van scholing van totaal tenminste € 750,00. Vanaf het jaar 2010 – 2011 heeft de werknemer echter nog een recht op scholing tot een bedrag van jaarlijks tenminste € 500,00.⁵¹ Andere cao's verhogen juist in deze periode de budgetten ten behoeve van employability.⁵²

Een ander belangrijk thema met betrekking tot studiekosten betreft de vraag of in de cao afspraken zijn gemaakt over de terugbetaling van die kosten in het geval dat de werknemer relatief kort nadat de scholing is afgerond het bedrijf verlaat of in het geval de werknemer de begonnen scholing niet afmaakt. Dit is een zogenoemd *studiekostenbeding*. Uit dit onderzoek blijkt dat in ongeveer *de helft* van alle onderzochte cao's iets over de terugbetaling is opgenomen. Deze bepalingen kunnen echter aanzienlijk van elkaar verschillen. Zo is in sommige cao's bijvoorbeeld alleen bepaald dat de werkgever en de werknemer de mogelijkheid hebben om (in de individuele arbeidsovereenkomst) afspraken te maken over de terugbetaling van scholing.

Cao Reisbranche (art. 14 lid 3)

De werkgever kan in een individuele studieovereenkomst met de werknemer een terugbetalingsregeling overeenkomen.

Cao Wonen (art. 7-7)

Indien de werknemer het dienstverband verbreekt, kan een terugbetalingsregeling van kracht zijn. In de individuele arbeidsovereenkomst moeten werkgever en werknemer hierover dan wel afspraken hebben gemaakt.⁵³

De mogelijkheid om een terugbetalingsregeling af te spreken hebben de werkgever en de werknemer echter ook wanneer dat niet in de cao is opgenomen. In juridisch opzicht voegen de bovenstaande cao-bepalingen enkel toe dat een dergelijke overeenkomst in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen dient te worden. Wat inhoudelijk mag worden afgesproken over de terugbetaling, bepalen de cao-partijen dan niet. Een aantal cao's bevat echter wel een (optionele) terugbetalingsregeling of studiekostenbeding.⁵⁴

Cao Zoetwarenindustrie (art. 46, sub 5b)

De werkgever kan met de werknemer, voor aanvang van de scholing, de volgende terugbetalingsregeling van de scholingskosten overeenkomen:

⁵⁰ Cao Achmea (art. 35).

⁵¹ Sommige cao's zijn in de loop van de tijd juist striktere studiekostenbedingen gaan hanteren, bijvoorbeeld de ABU cao (art. 43 sub 12).

⁵² De cao voor Metalelektro (art. 3.13) bepaalt bijvoorbeeld dat de werkgever vanaf 1 januari 2008 eenmaal in vijf jaren de kosten voor een EVC-test vergoedt tot een bedrag van ten hoogste € 750 bruto. In de nieuwe cao wordt dit bedrag verhoogd naar 850 euro (zie principeakkoord).

⁵³ Hier is wel sprake van een beperking: het terugvorderen van studiekosten is alleen mogelijk wanneer de werknemer de arbeidsovereenkomst beëindigt.

⁵⁴ Naast de genoemde voorbeelden, zie bijv. ook cao Doe-het-zelfbranche (art. 8.7), cao Ikea (art. 37), cao Beroepsgoederenvervoer over de weg (art. 45), cao KLM Grondpersoneel (bijlage 19 sub 9), cao Jeugdzorg (art. 33d lid 1), cao ONS Middelbaar Onderwijs (art. F4 lid 4 en 6), cao Hema (art. 9.3 lid 2), cao ABN AMRO (p. 49), cao Particuliere Beveiliging (art. 62).

- tijdens de scholing 100%;
- tot 1 jaar na afloop van de scholing 100%;
- tot 2 jaar na afloop van de scholing 50%.

Cao Apotheken (art. 8)

1. De werknemer is (...) verplicht een gedeelte van het bedrag van de door de werkgever verstrekte studiekosten (...) terug te betalen indien de arbeidsovereenkomst tijdens of na het voltooien van de studie hetzij op eigen verzoek, hetzij als gevolg van aan haarzelf te wijten feiten of omstandigheden anders dan met onmiddellijk ingaand pensioen, met werkgever wordt beëindigd.
2. Het hierboven vermelde gedeelte van het bedrag aan studiekosten dat moet worden terugbetaald, wordt zodanig vastgesteld dat voor iedere maand, dat de arbeidsovereenkomst na het voltooien van de studie korter duurt dan 24 maanden, 1/24 deel dient te worden terugbetaald.

Cao Horeca- en aanverwante bedrijf (art. 10 lid 5 en 6)

Bij beëindiging van het dienstverband door toedoen van de werknemer kan de werkgever de door hem betaalde vergoeding ter zake direct en in zijn geheel opeisen.

Indien het dienstverband van de werknemer op diens verzoek binnen één jaar na het afronden van het ontwikkelingstraject eindigt, dan wordt de vergoeding die de werkgever ten behoeve van de werknemer betaald heeft door de werknemer naar rato terugbetaald in de verhouding 1/12 deel voor elke maand waarmee de periode van één jaar niet werd bereikt.

Het kan echter onduidelijk zijn of de werkgever en de werknemer zelf ook een andere regeling kunnen overeenkomen of dat de terugbetalingsregeling uit de cao gevolgd moet worden. In dat geval is het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid beter wanneer de cao daarin duidelijk is.

Cao Zoetwarenindustrie (art. 46, sub 5c)

Van de regeling kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken.

Cao Achmea (art. 26 lid 23a)

In afwijking van dit artikel kan de werkgever een regeling studiekosten en studieverlof opstellen. Vaststelling en wijziging van die regeling behoeft de instemming van de ondernemingsraad.

Nog een specifiekere cao-bepaling zal ook bepalen voor welke soort scholing het studiekostenbeding geldt.⁵⁵

Cao Delta Lloyd (art. 7.5.3)

De terugbetaling van studiekostenvergoeding is afhankelijk van het soort opleiding en de hoogte van de studiekostenvergoeding. Voor functieverplichte bank- en verzekeringsgerichte opleidingen geldt geen terugbetalingsverplichting.

Sommige cao's staan ook toe dat de werkgever een werknemer kan verplichten om een opleiding te volgen en *daarnaast* de verplichting kan opleggen om de kosten van de opleiding terug te betalen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de cao's voor de sector Beroepsgoederenvervoer over de weg/Goederenvervoer Nederland (ook wel sector

⁵⁵ Ook de cao voor de Rabobank kent een vrij gedetailleerd studiekostenbeding.

Transport genoemd).⁵⁶ Beide cao's bepalen dat bij scholing gevolgd in opdracht van de werkgever en/of op de grond van een aan de functie verbonden wettelijke verplichting de werkgever de mogelijkheid heeft om voor aanvang van de opleiding een studiekostenregeling aan de werknemers voor te leggen.⁵⁷ Niet alleen kan de werkgever dus scholingskosten terugvorderen bij functiegerichte scholing, maar ook bij scholing die voor bepaalde functies wettelijk verplicht is. Nog een aantal cao's staan uitdrukkelijk toe dat een verplichte, functiegerichte opleiding moet worden terugbetaald indien de werknemer binnen een aantal jaar de onderneming verlaat.

Cao Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraam- en Jeugdgezondheidszorg (art. 43 sub 3)
De werkgever kan aan werknemers die verplicht worden een opleiding te volgen de verplichting opleggen om de kosten van de opleiding terug te betalen.

Cao Taxivervoer (art. 1.15)

De scholingskosten, zoals eerder genoemd, komen volledig voor rekening van de werkgever.

In afwijking hiervan komen de scholingskosten (met uitzondering van de opleidingstijd) gedeeltelijk voor rekening van de werknemer wanneer de werknemer ontslag neemt resp. wordt ontslagen, waarbij dit ontslag de werknemer te verwijten is:

- a. binnen één jaar na het behalen van een diploma of certificaat 75%.
- b. binnen twee jaar na het behalen van een diploma of certificaat 50%.
- c. binnen drie jaar na het behalen van een diploma of certificaat 25%.

In een aantal cao's is een terugbetalingsregeling waarbij ook het terugbetalen van loonkosten onder valt ook toegestaan bij een *vakopleiding*, zoals de opleidingen in het kader van beroepsbegeleidende leerweg (BBL; een combinatie van werken en leren, voorheen het leerlingwezen).

Cao Hoveniersbedrijven (art. 27 lid 4)

De werkgever heeft het recht om bij beëindiging van het dienstverband op eigen verzoek van de werknemer, dan wel in de situatie van beëindiging wegens verwijtbaar gedrag (...), de kosten welke gemoeid zijn met de tijdens het dienstverband gevolgde cursussen, BBL-opleiding op niveau 2, niveau 3 of niveau 4, stage en scholing, welke niet gesubsidieerd zijn, alsmede het over de schooldagen doorbetaalde loon, te verrekenen met de werknemer. Er geldt hiervoor een afbouwregeling van 48 maanden. Indien de werknemer het dienstverband beëindigt geldt een verrekening voor de resterende maanden binnen deze afbouwperiode. (...) Ingeval van een BBL-opleiding heeft de werkgever de plicht de werknemer te informeren over deze terugbetalingsregeling voordat met deze opleiding wordt begonnen.

Cao Motorvoertuigen- en Tweewielerbedrijf (art. 100 lid 3 en 4)

De werkgever kan bedingen, dat de werknemer tijdens diens opleiding de dienstbetrekking niet zal mogen beëindigen of dat de werknemer na zijn examen nog een bepaalde tijd in dienst zal moeten blijven, met dien verstande dat het verbod tot opzegging niet langer kan gelden dan tot uiterlijk één jaar na het – al dan niet met goed gevolg – afleggen van het examen in het kader van de Wet

56 Er zijn twee cao's voor de sector Transport. De grote cao Beroepsgoederenvervoer over de weg is gesloten met de werkgeversorganisatie Transport en Logistiek Nederland (TLN) en de 'kleine' cao Goederenvervoer Nederland is gesloten met het Koninklijk Nederlands Vervoer (KNV). De eerste is en is algemeen verbindend verklaard, de tweede niet.

57 Cao Beroepsgoederenvervoer over de weg, art. 45 en cao Goederenvervoer Nederland art. 34 sub D2.

educatie en beroepsonderwijs. Een overeenkomst als bedoeld in de vorige zin dient schriftelijk te worden aangegaan en wel voor de feitelijke deelneming van de leerling aan de opleiding. De werknemer die de dienstbetrekking beëindigt voor het in lid 3 bedoelde tijdstip, is schadeplichtig. De schadeloosstelling blijft beperkt tot het uit hoofde van de leden 1 en 2 doorbetaalde salaris (als bedoeld in artikel 43 CAO), vermeerderd met de kosten welke de werkgever eventueel ten behoeve van de werknemer heeft gemaakt in verband met diens deelneming aan de opleiding, zoals boeken, reisgeld e.d.

In de meeste cao's met een terugbetalingsregeling wordt aan de werkgever overgelaten om te beslissen of hij in individuele gevallen inderdaad de terugbetalingsregeling wil toepassen. De regeling in de cao is dan facultatief, maar wanneer de werkgever ervoor kiest deze toe te passen dan mag hij er meestal niet vanaf wijken. Slechts in een klein aantal cao's is de terugbetalingsregeling dwingend, dat wil zeggen dat de tegemoetkoming in de studiekosten alleen wordt gedaan wanneer de werknemer daadwerkelijk een studiekostenbeding ondertekent.

Cao Openbaar Vervoer (art. 6 van de bijlage 24)

Indien vergoedingen worden verstrekt die een totaal van € 181,51 te boven gaan, dient de werknemer zich te verbinden de ontvangen vergoedingen terug te betalen als hij binnen drie jaar na afloop van de opleiding de dienst verlaat, tenzij door pensionering, overlijden of WAO. Deze regeling wordt met 1/36 per maand "afgebouwd".

Slechts een zeer klein deel van de cao's verbiedt uitdrukkelijk het terugvorderen van studiekosten (bij bepaalde opleidingen).

Cao Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf (art. 36 lid 10)

Opleidingskosten van door de RAS gesubsidieerde opleidingen kunnen niet teruggevorderd worden bij de werknemer.

Onderscheid

Doorgaans zijn de scholingsrechten ook van toepassing op werknemers met een andersoortige overeenkomst dan de overeenkomst voor onbepaalde tijd, al dan niet naar rato.⁵⁸ Een aantal cao's maakt bij scholingsregelingen een duidelijk onderscheid tussen werknemers op basis van het type arbeidsovereenkomst of arbeidsduur dan wel de functieschaal waarin de werknemer is ingedeeld.

Cao Ikea (art. 35 sub a en b)

De studiekostenregeling regelt de studiekostenvergoeding voor externe opleidingen en cursussen die een medewerker op eigen initiatief én op verzoek of aanwijzing van de werkgever volgt.

De regeling is van toepassing op fulltimers en parttimers:

1. in dienst van de werkgever;
2. die een arbeidsovereenkomst hebben voor onbepaalde tijd;
3. van wie de proeftijd is afgelopen.

Cao ING (art. 8.2)

ING stelt een budget beschikbaar ten behoeve van individuele employabilitybudgetten. Iedere medewerker met een dienstverband voor onbepaalde tijd kan binnen een termijn van drie

⁵⁸ Zie voor uitzendkrachten hieronder.

kalenderjaren één of meer malen een beroep doen op een employabilitybudget, voor een bedrag van in totaal € 1.200,=.

Cao Huisartsenzorg (art. 6.4)

De werkgever zal de werknemer, die een arbeidsovereenkomst heeft voor onbepaalde tijd, onbetaald verlof verlenen, indien de werknemer op eigen verzoek in overleg met de werkgever een erkende, voor de huidige functie niet verplicht gestelde opleiding volgt, indien de opleiding van belang is voor de functie of een te verwachten functie binnen de sector van deze CAO.

In artikel 7:649 BW is bepaald dat de werkgever geen onderscheid mag maken tussen werknemers in de arbeidsvoorwaarden op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is.⁵⁹ De ongelijke behandeling is objectief gerechtvaardigd wanneer zij beantwoordt aan een werkelijke behoefte in de onderneming, geschikt is om de nagestreefde doelstelling te bereiken en daartoe noodzakelijk is.⁶⁰ Het beschikbaar stellen van budgetten ten behoeve van scholing enkel aan werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd levert een direct onderscheid op, waarvoor niet snel objectieve rechtvaardiging lijkt te bestaan.⁶¹ Dergelijke cao-bepalingen kunnen dus beschouwd worden als zijnde strijdig met het in artikel 7:649 BW bepaalde.

6.4.2 Algemeen werkgelegenheidsbeleid

In een groot aantal onderzochte cao's (ongeveer 70%) zijn afspraken gevonden over werkgelegenheid in de bedrijfstak of het bedrijf. Deze afspraken verschillen in aanzienlijke mate van elkaar. Aan de ene kant van het spectrum vinden we afspraken die inhouden dat (in het geval van een reorganisatie) de werkgever in overleg moet treden met werknemersverenigingen of ondernemingsraden. Aan de andere kant van het spectrum bevinden zich afspraken waarin 'garanties' worden geven dat de werkgelegenheid (voor de duur van de cao) behouden blijft: gedwongen ontslagen zullen niet uitgevoerd worden.⁶² Daartussen bevindt zich een heel scala aan afspraken die de werkgelegenheid direct dan wel indirect raken.

Voor al in sommige bedrijfstak-cao's verbinden de werkgeversorganisaties en werknemersverenigingen op bedrijfstakniveau de ontwikkelingen in de werkgelegenheid samen te monitoren en te bespreken.⁶³

Cao Wonen (art. 8-4)

Tijdig inspelen op economische ontwikkelingen is belangrijk. Zeker als het gaat om werkgelegenheid. Daarom overleggen de cao-partijen daarover minimaal twee keer per jaar.

59 A.M. ten Bosch-Gerritsen, Aantekening 2 bij art. 7:649 BW, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*.

60 Naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU. Zie uitgebreider het vorige hoofdstuk.

61 De reden voor het onderscheid wordt in deze cao's ook niet gegeven. Enkel financiële redenen zullen niet snel een objectieve rechtvaardiging kunnen vormen, zie bijv. A.M. ten Bosch-Gerritsen, Aantekening 2 bij art. 7:649 BW, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*.

62 Deze werkgelegenheidsgaranties worden hieronder apart behandeld.

63 Naast de genoemde voorbeelden, zie ook cao Motorvoertuigen- en Tweewielerbedrijf (bijlage 6 sub 5), cao Mode-, interieur-, tapijt- en textielindustrie (art. 5 lid 1),

Cao Landbouwwerktuigen exploiterende ondernemingen (bijlage 1, protocollaire bepalingen)

Partijen bij de cao zijn van oordeel dat de ontwikkelingen in de bedrijfstak en daarbuiten een onderwerp van gezamenlijke bespreking dienen te vormen. Zij erkennen dat de zorg voor de werkgelegenheid in de bedrijfstak één van de doelstellingen is en daardoor tevens een onderdeel behoort te zijn van het gehele beleid dat ten behoeve van de agrarische sector wordt gevoerd. Op grond van deze overwegingen zullen partijen regelmatig, maar in elk geval tenminste twee maal per jaar, overleg met elkaar voeren.

Cao Particuliere Beveiliging (art. 95)

Elk kwartaal wordt tussen cao-partijen overleg gevoerd over de economische toestand en de economische vooruitzichten ten aanzien van de sector, in het bijzonder met betrekking tot de werkgelegenheid. Het doel hiervan is vakbonden informatie te verstrekken zodat de werkgelegenheidsontwikkelingen nauwgezet kunnen worden gevolgd.

In de meeste cao's is echter bepaald dat overleg over de werkgelegenheid moet plaatsvinden wanneer de werkgever voornemens is bijvoorbeeld een reorganisatie door te voeren of een fusie aan te gaan. Vaak wordt daarbij bepaald wat de doelstelling van een dergelijk overleg moet zijn, namelijk om de nadelige gevolgen van een reorganisatie of een fusie voor de individuele werknemers zo veel mogelijk te beperken.

Cao Verzekeringsbedrijf binnendienst (art. 6.1.1 sub a en d)

Voorgenomen activiteiten, respectievelijk ontwikkelingen die belangrijke gevolgen hebben voor de werkgelegenheid in kwantitatieve of kwalitatieve zin of een aantasting van de bestaande rechtspositie van een groep of categorie van werknemers met zich meebrengen, zullen tijdig, onverkort de rechten van de ondernemingsraad, aan de vakorganisaties worden gemeld. (...)

Er zal naar gestreefd worden de eventuele nadelige gevolgen voor individuele werknemers zoveel mogelijk te voorkomen, respectievelijk te beperken door een met de vakorganisaties overeen te komen sociaal plan/sociale paragraaf. Er zal daarbij tevens naar gestreefd worden om gedwongen ontslagen te voorkomen.

Cao Technisch Installatiebedrijf (art. 9 lid 2 en 3)

De werkgever die fusiebesprekingen voert, dan wel het voornemen heeft het bedrijf geheel of gedeeltelijk te sluiten en/of het personeelsbestand ingrijpend te reorganiseren, dan wel andere plannen heeft die een belangrijke negatieve invloed op de werkgelegenheid zullen hebben, stelt de w.v. (werkgeversvereniging) en de v.v. (werknemersverenigingen) daarvan in kennis. De werkgever zal er naar streven collectieve ontslagen zoveel mogelijk te voorkomen.

De kennisgeving bedoeld in lid 2 van dit artikel dient plaats te vinden zodra verwacht kan worden dat de eventuele fusie, sluiting en/of reorganisatie wellicht doorgang kan vinden.

Deze obligatoire bepalingen worden niet algemeen verbindend verklaard,⁶⁴ maar zijn wel belangrijk voor de werknemersvertegenwoordigers en met name de vakbonden. Zij geven de vakbonden het recht om tijdig in overleg betrokken te worden over aangelegenheden waarover meestal de ondernemingsraad het recht van advies heeft.⁶⁵ Op grond van de WMCO is de werkgever ook verplicht bij een voornemen tot collectief ontslag de belanghebbende vakbonden te raadplegen teneinde met hen ten minste de mogelijkheden te onderzoeken om de collectieve ontslagen te

⁶⁴ Toetsingskader AVV, par. 4.3 sub 1 en 2.

⁶⁵ Art. 25 lid 1 WOR.

voorkomen of in aantal te verminderen en de gevolgen voor de werknemers te verzachten.⁶⁶ Dit soort cao-bepalingen verruimen de bevoegdheden van de vakbonden, omdat ze raadpleging verplicht stellen ook wanneer (nog) geen sprake is van een voornemen tot collectieve ontslagen. De cao-bepalingen zijn een soort combinatie van de bevoegdheden die op grond van de WOR de ondernemingsraad toekomen inzake bedrijfseconomische ondernemingsbesluiten en de raadplegingsrechten ingevolge de WMCO. Nakoming van dit soort cao-bepalingen wordt regelmatig voor recht gevorderd. Zo oordeelde de kantonrechter in 2004 dat een vliegmaatschappij die verzuimd had met de vakbond in overleg te redenen en alleen met de ondernemingsraad een sociaal plan had opgesteld, aan de vakbond een schadevergoeding € 15.000,- verschuldigd was vanwege verlies aan prestige en werfkracht. Daarnaast oordeelde de rechter dat de vliegmaatschappij de overtollige werknemers moest herplaatsen – op een andere vlucht inzetten – net zoals dit bij een eerdere reorganisatie in overleg met de vakbond was gebeurd.⁶⁷

De werkgever die lid is van de werkgeversvereniging die een dergelijke cao-afpraak heeft gesloten zal deze verplichting dus serieus moeten nemen. De vakbonden moeten tijdig worden geïnformeerd. Een recente uitspraak in kort geding over artikel 9 van de cao voor het Technisch Installatiebedrijf – dat hierboven als voorbeeld is aangehaald – laat dat goed zien.⁶⁸ De werkgever in kwestie heeft per brief de bonden geïnformeerd over zijn besluit om vanwege de slechte economische situatie op de nieuwbouwmarkt, 150 werknemers in een ‘externe flexibele capaciteitspool’ te plaatsen onder een andere BV. In de brief wordt aangegeven dat gesprekken worden gevoerd met een aantal in technische detachering gespecialiseerde bedrijven om deze externe arbeidspool over te nemen. In de kort geding-procedure stelt de werkgever zich op het standpunt dat hij geen overleg met de bonden behoeft te voeren, omdat er in deze fase van de reorganisatie geen negatieve invloeden zijn op de werkgelegenheid: arbeidsovereenkomsten worden (nog) niet beëindigd.⁶⁹ Daarnaast merkt de werkgever op dat de ondernemingsraad over dit besluit positief heeft geadviseerd. De rechter oordeelt echter dat de fases van reorganisatie – het overbrengen van het personeel in een capaciteitspool en vervolgens de verkoop van de pool aan een derde – niet los van elkaar kunnen worden gezien. De werkgever heeft volgens de rechter in strijd met artikel 9 van de cao gehandeld door niet met de bonden in overleg te treden toen hij een concreet voornemen had tot oprichting van de flexibele capaciteitspool.

Een aantal cao's springt in het oog in die zin dat erin te lezen is dat de cao-partijen niet alleen de economische vooruitzichten van de sector wensen te monitoren en indien nodig hierop te reageren door voorzieningen te treffen, maar dat zij ook willen samenwerken om die vooruitzichten actief te beïnvloeden. Een voorbeeld is de cao

66 Art. 3 lid 1 en 2 WMCO.

67 Ktr. Haarlem 18 februari 2004, *JAR* 2004/59. Zie eerder HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 403; HR 5 februari 1999, *JAR* 1999/62.

68 Voorzieningenrechter Rotterdam 21 juni 2012, *JAR* 2012/177.

69 R.o. 3.2.2.

voor het Openbaar Vervoer. Daarin vermelden de partijen dat ze naast een 'gewone' cao een zogeheten sociaal contract afsluiten. In dit sociaal contract leggen ze de afspraken vast die betrekking hebben op 'hun gemeenschappelijke oriëntatie op de toekomst'. Zelf vermelden de partijen dat dit andere soorten afspraken zijn dan die normaal in een cao worden vastgelegd. De partijen willen niet alleen onderhandelen over 'het oplossen van verdelingsvraagstukken'; ze willen naast deze vraagstukken 'een nieuw domein' verkennen waarop ze 'gemeenschappelijke activiteiten' willen verrichten. Expliciet vermelden ze dat het binnen dit domein niet zo zeer gaat om 'het wederzijds juridisch vastleggen van rechten en plichten', maar om het 'formuleren van een gemeenschappelijke oriëntatie op de toekomst (agenda van de toekomst) ten behoeve van werknemers in de bedrijfstak en de bedrijven waarin zij werken'. De partijen benadrukken meerdere malen dat het hier gaat om nieuw soort afspraken en zij sommen op welke punten deze afspraken van de 'normale' cao-afspraken verschillen. Dit zijn de duur van de afspraken, het juridisch gehalte, de inhoud en de context.

- Het sociaal contract wordt voor een langere periode aangegaan, om te beginnen 3 jaar.
- Het zijn geen juridische afspraken die makkelijk kunnen worden geïmplementeerd. Het betreft juist proces afspraken die erop gericht zijn om al zoekend te komen tot concrete activiteiten of projecten. (...)
- Afspraken in een sociaal contract kennen een andere inhoud. Zij kunnen ook gaan over onderwerpen die wezenlijk zijn voor werkgevers en werknemers maar die niet via een injectienaald ingespoten kunnen worden in de ondernemingen. Te denken valt hierbij bijvoorbeeld aan onderwerpen als leiderschap, ondernemerschap bij medewerkers, innovatief vakmanschap en klantgerichtheid, (directe en indirecte) medezeggenschap, enz., werkzekerheid en loopbaanbeleid.
- Een sociaal contract kent niet dezelfde kaders als de cao. Het betreft het exploreren van (gedeelde) ambities. Cruciaal is dat partijen ervoor kiezen om deze zoektocht met elkaar te ondernemen en er dus niet voor te kiezen om elkaar slechts met uitgewerkte concepten te confronteren. Dit proces is precair. Het betreft een innovatie van het overleg waarbij het directe (korte termijn) belang voor een van de partijen niet altijd meteen de dominante drijfveer hoeft te zijn. In de kern gaat het hier om vertrouwen, gedeelde waarden en ook wederkerig perspectief management ten aanzien van elkaars belangen.⁷⁰

Wat de inhoud betreft, zijn de afspraken nog vrij algemeen en op sommige onderdelen zelfs vaag. Dit is niet verwonderlijk, aangezien de partijen zelf vermelden op deze punten samen te willen werken, in plaats van te onderhandelen. De afspraken komen er in de eerste plaats op neer dat partijen samen willen optrekken om de *lobby* van de bedrijfstak richting de nationale overheid (maar ook de Europese wetgever wordt genoemd, net als reizigersorganisaties) te versterken met als doel de belangenbehartiging voor de hele bedrijfstak beter vorm te geven. In de tweede plaats willen partijen samenwerken, zodat ze bepaalde doelstellingen kunnen behalen die volgens hen niet op het niveau van individuele bedrijven behaald kunnen worden. Het verbeteren van de instroom in de bedrijfstak wordt genoemd als een eerste doelstelling. Waarschijnlijk dient in dit kader ook de elders in de cao genoemde oprichting van 'instroompools' te worden gezien. Daarnaast willen de partijen afspraken maken over 'hoe we als bedrijfstak omgaan met sociale veiligheid, de ontwikkeling van het vakmanschap of het stimuleren van loopbaanpaden binnen de bedrijfstak'. Ook het

70 Bijlage 29 behorend bij artikel 101.

‘voorkomen van onderlinge concurrentie op arbeidsvoorwaarden’ en het ‘ontwikkelen van een gemeenschappelijke visie op duurzaam aanbesteden’ worden genoemd als punten waarover gesproken zal worden.

Uit de tekst van dit ‘sociaal contract’ is op te maken dat de partijen bewust zijn van hun grote ambities en dat ze een ander pad ingaan, dan ze tot nu toe hebben gevolgd. Desalniettemin benadrukken dat de afspraken die ze op dit terrein maken niet ‘soft’ zijn: ‘Het zijn serieuze en harde ambities om op korte termijn met serieuze resultaten te komen. Het mag niet verworden tot een (langdurige) cyclus van adviserende commissies en werkgroepen.’

Afspraken die een heel stuk bescheidener genoemd kunnen worden, maar die wel hierop lijken omdat ze duidelijk de wensen van de cao-partijen als vertegenwoordigers van de gehele sector laten zien, zijn te vinden in de cao voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg.

Cao Beroepsgoederenvervoer over de weg (bijlage VII)

Het door sociale partners vast te stellen arbeidsmarktbeleid ten behoeve van de sector zal onder regie van VTL vorm worden gegeven. Het toekomstige arbeidsmarktbeleid richt zich op de bevordering van instroom, zij-instroom en doorstroom in de sector. Daarnaast richt het beleid zich op het voorkomen van uitstroom uit de sector. Daarbij worden financiële middelen voor opleidingen vooral ingezet om de instroom, zij-instroom en doorstroom (scholing aan werkenden) in de sector te bevorderen en uitstroom uit de sector zoveel mogelijk te voorkomen. Deze opleidingen leiden bij voorkeur tot een (extra) kwalificatie.

6.4.2.1 Werkgelegenheidsgaranties⁷¹

Aan de andere kant van het spectrum van cao-afspraken over werkgelegenheid vinden we afspraken die geschaard kunnen worden onder de titel ‘werkgelegenheidsgaranties’ of afspraken die in elk geval een toezegging over het behoud van werkgelegenheid inhouden. Een aanzienlijk aantal cao’s bevat toezeggingen over behoud van werkgelegenheid. In zeker 25 van de onderzochte cao’s is een vorm van een toezegging gevonden. Het valt daarbij op dat dit vooral ondernemings-cao’s zijn, dan wel cao’s in de (semi)publieke sector.⁷² Soms worden de toezeggingen daadwerkelijk als garanties geduid. In slechts weinig cao’s wordt echter *geen* voorbehoud gemaakt bij de garantie ten aanzien van de (bedrijfs)economische omstandigheden. Zo bevat de volgende bepaling uit de cao voor de Rabobank bijvoorbeeld geen voorbehoud in haar toezegging dat zij de werkgelegenheid voor de werknemers (die zich ‘blijvend kwalificeren voor een functie’) waarborgt:⁷³

Voor individuele medewerkers die zich blijvend kwalificeren voor een functie, waarborgt de werkgever gedurende de looptijd van de CAO de werkgelegenheid.

71 In het volgende hoofdstuk wordt ingegaan op de afdwingbaarheid van dit soort bepalingen. Op deze plaats is het de bedoeling inzicht te krijgen in wat dit soort bepalingen inhoudt en hoe de bepalingen zijn geformuleerd.

72 In sommige bedrijfstak-cao’s zijn wel ‘intenties’ aangetroffen.

73 Hoofdstuk IV (Toepassing Sociaal Statuut).

In de (semi)publieke sector ligt het voor de hand dat de stand van de economie een minder grote rol speelt bij het werkgelegenheidsniveau, hoewel ook in deze sectoren men geconfronteerd wordt met bezuinigingen en reorganisaties. Toch is in de cao voor het Politiepersoneel een *werkzekerheidsgarantie* opgenomen.

Cao Politie (onderhandelingsakkoord 2012-2014, sub 4a)

Werk gaat boven inkomen. Waar in 2012 en volgende jaren geen ruimte is voor generieke inkomensontwikkeling onderscheidt de Politie zich door in deze moeilijke economische omstandigheden een garantie te bieden van werkzekerheid, waarbij de werkgever (...) ervoor zal zorgdragen dat de medewerkers die bedreigd worden door de reorganisatie als gevolg van de mogelijke totstandkoming van de Nationale Politie een functie zullen krijgen binnen of buiten de politie.

Ook de cao's voor het Primair Onderwijs en ONS Middelbaar Onderwijs kennen werkgelegenheidsgaranties voor werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, waarbij geen voorbehoud wordt gemaakt ten aanzien van de economische situatie.⁷⁴ Rabobank niet de enige onderneming die een 'ongeconditioneerde' werkgelegenheidsgarantie geeft. Hetzelfde geldt voor de cao voor Albert Heijn (distributieorganisatie).⁷⁵

Albert Heijn zal gedurende de looptijd van de CAO gelijkwaardig werk garanderen van de medewerkers die op 15 oktober 2010 voor onbepaalde tijd in dienst zijn van Logistics Albert Heijn bv.

Voor iedere medewerker met een dienstverband voor onbepaalde tijd die vertrekt wordt een medewerker met een dienstverband voor onbepaalde tijd aangenomen.

Voor iedere medewerker met een dienstverband voor bepaalde tijd die vertrekt wordt een medewerker met een dienstverband voor bepaalde tijd aangenomen.

In de meeste cao's wordt het voorbehoud echter wel gemaakt, zelfs in de gevallen waarbij men de term 'garantie' gebruikt. Cao-partijen houden duidelijk steeds rekening met de mogelijkheid dat de omstandigheden (ingrijpend) kunnen wijzigen waardoor een reorganisatie toch noodzakelijk blijkt. Werkgelegenheidsbehoud moet hier dan ook als een intentie in plaats van een garantie gelezen worden.

Cao V&D B.V. en La Place B.V. (preamble)

In combinatie met de 0% groei (in de cao's met looptijd 1 februari 2010 tot 1 juli 2011) en bij een gelijkblijvende economische situatie verwachten V&D B.V. en La Place B.V. dat er gedurende de looptijd van de cao's geen gedwongen collectieve ontslagen in de zin van Wel Melding Collectief Ontslag (WMCO) zullen vallen. Een garantie in deze geven La Place B.V. en V&D B.V. af gedurende 12 maanden tot 1 augustus 2010. Het is niet de intentie om na die datum wel over te gaan tot gedwongen collectieve ontslagen en V&D en La Place zullen zich maximaal inspannen om ook daarna de werkgelegenheid van haar werknemers veilig te stellen.

Als het economische klimaat of de economische positie van V&D en La Place verder verslechtert, verplichten de partijen zich tot overleg indien in die situatie reorganisaties onontkoombaar blijken, waarbij V&D of La Place niet gehouden kunnen worden aan op dat moment onhoudbare garanties.

⁷⁴ Cao ONS Middelbaar Onderwijs (art. J1 lid 1); cao Primair Onderwijs (art. 10.2 lid 3). Uit de bepalingen blijkt wel dat in specifieke gevallen, zoals bij teruglopende leerlingaantallen, gedwongen ontslag toch tot de mogelijkheden behoort.

⁷⁵ Zie protocol Werkgelegenheid in bijlage V.

Cao Océ-Technologies B.V. (art. 3 sub 5.1)

Océ zal tijdens de duur van deze overeenkomst niet tot collectief ontslag van medewerkers overgaan, dan nadat zeer bijzondere omstandigheden hiertoe noodzaken, en nadat getracht is door middel van detachering, overplaatsing, omscholing of bijscholing collectief ontslag te vermijden, en nadat er overleg is geweest met de vakbonden en de OR.

Cao DSM Limburg B.V. Protocol Werkgelegenheid

DSM in Nederland zal gedurende de contractperiode geen reducties van arbeidsplaatsen in gang zetten, in die zin dat gedurende de looptijd van de CAO slechts in overeenstemming met de vakorganisaties vastgesteld kan worden dat er sprake is van zodanig ingrijpend gewijzigde omstandigheden dat DSM in Nederland onmogelijk aan deze werkgelegenheidsafpraak gehouden kan worden. Indien deze omstandigheden noodzaken tot aanvullende maatregelen, dan zal dit in overeenstemming met de sociale partners worden vastgesteld en opgevolgd waarbij ieders verantwoordelijkheid (DSM, vakorganisaties, ondernemingsraad) zal worden gerespecteerd.

DSM zal wel, teneinde de continuïteit van de onderneming veilig te stellen, steeds voor de noodzaak van reorganisaties en rationalisaties blijven staan – welke kunnen leiden tot vermindering van de personeelsbezetting binnen DSM Limburg B.V. (...).

Wanneer een voorbehoud wordt gemaakt ten aanzien van het werkgelegenheidsbehoud, wordt in de meeste cao's bepaald dat de werkgever direct in overleg moet treden met de werknemersorganisaties mocht de situatie zich inderdaad voordoen dat men niet aan de intentie kan voldoen. Het uitgangspunt bij dat overleg moet dan steeds zijn om gedwongen ontslagen te voorkomen, aldus de cao's. Men wenst de continuïteit van de arbeidsverhoudingen te waarborgen, ook in het geval dat het noodzakelijk is om het aantal arbeidsplaatsen te verminderen. Het gevolg van de met de cao strijdige handelingen, anders dan het in overleg treden, wordt in de cao niet geregeld.⁷⁶

Cao Mode-, interieur-, tapijt- en textielindustrie (art. 5 lid 2, 3 en 5)

De werkgever die plannen voorbereidt, welke een belangrijke gunstige of nadelige invloed op de werkgelegenheid in kwantitatieve en/of kwalitatieve zin kunnen hebben, zal daarover zo spoedig mogelijk zowel met de OR/PvT/Personeelsvergadering als met vakverenigingen overleg plegen. De werkgever zal daarbij tevens inzicht geven in de overwegingen, die aan de voorgenomen plannen ten grondslag liggen.

Ingeval de realisering van de in lid 2 bedoelde plannen tot vermindering van het aantal arbeidsplaatsen zal leiden, zullen de plannen na overleg met de OR/PvT/Personeelsvergadering en de vakverenigingen worden verwezenlijkt zonder gedwongen collectieve ontslagen, tenzij bijzondere omstandigheden, zoals bijvoorbeeld het in gevaar komen van het voortbestaan van de onderneming, hiertoe noodzaken.

(...) In de in lid 3 bedoelde situatie zal de werkgever trachten de continuïteit van de bestaande arbeidsverhoudingen zoveel mogelijk te waarborgen door aanbieding van vervangende werkgelegenheid binnen de onderneming respectievelijk het concern.

Cao Unilever (principeakkoord)

Unilever spant zich maximaal in dat er geen gedwongen ontslagen zullen vallen op grond van bedrijfseconomische redenen gedurende de looptijd van deze CAO, derhalve tot 1 mei 2012. Bedrijfseconomische redenen zijn redenen die niet de persoon (dringende reden of verstoorde

76 Naast de genoemde voorbeelden, zie ook cao Kinderopvang (art. 10.6 lid 3), cao Metalelektro (art. 10.6 lid 3 sub B), cao Hoger Beroepsonderwijs (art. R-4 lid 1), Cao Universiteiten (preambule 'Intensivering en verdere professionalisering Werk-naar-Werk begeleiding'), cao Merck Sharp & Dohme (art. 4.3b), cao Verzekering binnendienst (art. 6.1), cao KPN (art. 1.9).

arbeidsverhouding) of het (dis)functioneren van de medewerker betreffen (artikel 7:677 en 7:678 Burgerlijk Wetboek).

Cao Organon (bijlage II Protocol inzake het Werkgelegenheidsbeleid sub 3.2)

Indien de ontwikkelingen het noodzakelijk maken om de bestaande omvang van de werkgelegenheid belangrijk in te krimpen, dan zullen de vakverenigingen daarover worden geïnformeerd. Er zal naar worden gestreefd gedwongen ontslagen zoveel mogelijk te vermijden en de inkrimping in de eerste plaats te doen geschieden door natuurlijk verloop en door interne overplaatsing binnen de business units van de werkgever.

Cao ANWB (art. 2.1 lid 2)

De onderneming zal tijdens de duur van deze overeenkomst niet overgaan tot collectief ontslag, in de zin van de Wet melding collectief ontslag, van medewerkers, die op het moment van afsluiting ervan in dienst zijn, respectievelijk tijdens de duur ervan in dienst treden, tenzij bijzondere omstandigheden hiertoe noodzaken. In dat geval zal zij hiertoe niet eerder besluiten dan na diepgaand en indringend overleg met de Ondernemingsraad en na het raadplegen van de vakorganisaties.

Cao Heineken Nederlands Beheer (Inleiding, Hoofdpijnen Sociaal Beleid)

Het beleid van Heineken zal er in het bijzonder op zijn gericht een zodanig rendement na te streven, dat de continuïteit en een gezonde groei van de onderneming worden bevorderd, alsmede dat de werkgelegenheid, de bestaanszekerheid en het voeren van een verantwoord sociaal beleid veilig worden gesteld. Het streven is er dientengevolge op gericht gedwongen ontslagen zoveel mogelijk te voorkomen.

In een klein aantal cao's wordt niet de intentie om niet tot gedwongen ontslagen over te gaan uitgesproken, maar de intentie om voor iedere boventallige werknemer een passende functie binnen of buiten het bedrijf te vinden.

Cao ABN AMRO (p. 6)

De Bank zal zich tot het uiterste inspannen de Medewerker voor wie door een reorganisatie geen passende functie beschikbaar is, te herplaatsen in een passende functie binnen of buiten de Bank en zal daarvoor noodzakelijk budget geven.

Veel zo niet de meeste werkgelegenheidsgaranties of -intenties staan niet op zichzelf en wordt een tegenprestatie van de werknemers verwacht. Soms is nog uit dezelfde bepaling af te leiden dat aan de garanties afspraken over flexibiliteit aan werknemerskant direct gekoppeld zijn. In de meeste gevallen wordt van de werknemers verwacht dat ze een aangeboden functie aanvaarden.

Cao Gemeenten (principeakkoord)

Werknemers moeten hun bijdrage leveren door actief mee te werken aan de noodzakelijke mobiliteit en de flexibilisering van arbeidsvoorwaarden. Dit betekent dat er bereidheid moet zijn om oude zekerheden los te laten in ruil voor werkzekerheid nu en in de komende jaren.

Cao ANWB (art. 2.1 lid 2 en 3)

De onderneming zal tijdens de duur van deze overeenkomst niet overgaan tot collectief ontslag, in de zin van de Wet melding collectief ontslag, van medewerkers, die op het moment van afsluiting ervan in dienst zijn, respectievelijk tijdens de duur ervan in dienst treden, tenzij bijzondere omstandigheden hiertoe noodzaken. In dat geval zal zij hiertoe niet eerder besluiten dan na diepgaand en indringend overleg met de Ondernemingsraad en na het raadplegen van de vakorganisaties.

De onderneming zal bij het duurzaam of tijdelijk verminderen of vervallen van werkzaamheden zoveel mogelijk trachten vervangende werkgelegenheid aan te bieden. Indien hierbij detachering, plaatsing in een andere functie en/of overplaatsing naar een andere afdeling, vestigingsplaats of gelieerde vennootschap van de onderneming noodzakelijk is, zal de medewerker hieraan redelijkerwijs zijn medewerking verlenen. De onderneming en de vakorganisaties erkennen dat deze medewerking mede van groot belang is teneinde het in lid 2 gestelde met betrekking tot collectief ontslag te kunnen realiseren.

Cao Politie

Voorwaarde (NZ: bij werkzekerheidsgarantie) is dat de medewerker een door de werkgever aangeboden passende functie accepteert, waarbij de medewerker (...) de mogelijkheid heeft een keer een aangeboden passende functie te weigeren.

Cao KLM Grondpersoneel (principeakkoord sub 3)

KLM zal zich tot het uiterste inspannen om de werkgelegenheid van de huidige (op 1 april 2010 in dienst zijnde) werknemers met een contract voor onbepaalde tijd veilig te stellen. KLM zal, gebaseerd op huidige inzichten, in de komende cao-periode geen KLM-ers met een contract voor onbepaalde tijd het bedrijf gedwongen doen verlaten op grond van bedrijfseconomische redenen. Als KLM door voortdurende verminderde vraag naar vervoer/inkomsten haar inzet rondom werkgelegenheid moet heroverwegen, dan zal zij met werknemersorganisaties afspraken maken om alles in het werk te stellen om ook in die situatie gedwongen ontslagen te voorkomen, dan wel zo beperkt mogelijk te houden.

In geval gaandeweg deze periode de huidige flexibiliteitsmaatregelen het einde van hun effectiviteit hebben bereikt of dreigen te bereiken, zullen partijen in overleg treden over aanvullende instrumenten, die benodigd zijn om bovenstaande afspraak te kunnen waarmaken.

De bovenstaande tekst is onder de paragraaf genaamd 'werkgelegenheid' als een geheel in het KLM akkoord te vinden. Welke 'flexibiliteitsmaatregelen' precies zijn overeengekomen, is niet uit de tekst op te maken, maar deze maatregelen worden wel relevant zo niet cruciaal geacht te zijn voor het kunnen waarmaken van de afspraak omtrent het behoud van werkgelegenheid voor het personeel met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

De cao voor de Nederlandse Spoorwegen bevat op dit vlak uitgebreide afspraken. In de cao wordt ook gesproken van een *intentie* om voor de duur van de cao gedwongen ontslagen te voorkomen. In dit kader wordt echter tevens 'individuele werkzekerheid' genoemd.⁷⁷ Hier is echter duidelijk een mix te zien van individuele en collectieve maatregelen of arrangementen die tot deze individuele werkzekerheid moet leiden. De maatregelen die worden getroffen om de individuele werkzekerheid te bevorderen zijn als volgt.

- De werknemer kan verzoeken om de zogenoemde 'bedreigd boventallige status'.⁷⁸ In dit geval wordt een transferbudget uit het Sociaal Plan NS analoog toegepast.

⁷⁷ Cao NS, hoofdstuk 12, bijlage 9, p. 119. De afspraken betreffende de inspanningsverplichting van NS om gedwongen ontslagen te voorkomen waren al van kracht gedurende de vorige cao-periode; deze zijn verlengd.

⁷⁸ Zie voor uitleg over wat een transferbudget inhoudt en waarvoor het aangewend kan worden, paragraaf 6.7.2.

Dit geldt onder de voorwaarde dat deze werknemer de verplichting heeft, als bedreigd boventallige, passend werk te accepteren conform de criteria en aanvullende bepalingen van het Sociaal Plan NS.

- De cao vermeldt dat de drempel bij NS voor externe kandidaten hoog is. Daarmee wordt volgens de cao-partijen 'de interne arbeidsmarkt onder gezonde spanning gezet'. Wat daarmee concreet bedoeld wordt, is onduidelijk. Helder is echter dat bij het vrijkomen van een functie de kansen voor interne kandidaten aanzienlijk groter zijn dan voor externe kandidaten.
- De cao-partijen spreken zich uit de inhuur van uitzendkrachten zoveel als mogelijk te verminderen. Hierover wordt regelmatig door partijen gesproken. Daarbij beoordelen zij of 'omzetting in vaste banen mogelijk is'.
- Tot slot wordt de digitale vacaturebank genoemd als een middel om de interne arbeidsmarkt transparant te maken.

6.4.3 *Limitering van uitbesteding van werk aan derden*

Weinig cao-bepalingen zijn aangetroffen waarin het uitbesteden van werk aan derden aan banden wordt gelegd. De cao voor de Grafimedia bevat een bepaling ten aanzien van aanneming van werk arbeid. De cao bepaalt dat het uitbesteden van werk aan aannemers niet regelmatig gebeurt, waarbij bovendien bepaald is dat de betaling 'redelijk' moet zijn en 'ten minste op basis van het Wettelijk Minimum Loon'.⁷⁹ Zoals in hoofdstuk 5 is toegelicht, is dit soort bepalingen waarin minimumtarieven voor zelfstandigen worden vastgelegd in de ogen van het NMa niet toegestaan, omdat daarmee het vrije mededingen wordt beperkt.

Een algemeen beleid met betrekking tot uitbesteding van werk bevat de cao voor Albert Heijn distributiecentrum.⁸⁰

De werkgever zal een terughoudend beleid voeren met betrekking tot het uitbesteden van werkzaamheden die nu binnen de distributie-organisatie plaats vinden. Indien de werkgever bepaalde werkzaamheden wil uitbesteden, zal zij daarbij de volgende uitgangspunten hanteren.

1. De primaire reden voor een uitbestedingsplan zal liggen in de hogere kwaliteit van het proces of de dienst(-en) en niet op het gebied van arbeidsvoorwaarden.
2. Vakbonden en Ondernemingsraad worden in een vroegtijdig stadium geïnformeerd.
3. Vakbonden en Ondernemingsraad worden in de gelegenheid gesteld een beoordeling en afweging te maken van de bedrijfseconomische en andere overwegingen enerzijds en de gevolgen daarvan voor werknemers, werkgelegenheid, arbeidsvoorwaarden en overige aspecten, anderzijds.
4. Werkgever zal er nadrukkelijk naar streven dat de arbeidsvoorwaarden van de werknemers die het uit te besteden werk gaan verrichten van een vergelijkbaar niveau zijn als die van de werknemers van de werkgever die dat werk bij Logistics van Albert Heijn bv verricht(t)en, zoals die zijn vastgelegd in de CAO Logistics van Albert Heijn bv.

In het akkoord voor de Gemeenteambtenaren is afgesproken om het gebruik van alle 'externen' te beperken. Hieronder kunnen uitzendkrachten vallen, maar ook andere

⁷⁹ Cao Grafimedia (art. 1.3.3).

⁸⁰ Zie het protocol 'Overleg over werkgelegenheidsontwikkeling'.

‘werkenden’ die niet op basis van een arbeidsovereenkomst met de gemeente arbeid verrichten.

Cao Gemeenten (principeakkoord 2011-2012)

Partijen achten het van groot belang dat het aantal externen, conform de definitie van de Personeelsmonitor Gemeenten, in de sector wordt teruggedrongen.

6.5 Arbeidsorganisatiebeleid

6.5.1 Leeftijdsbewust personeelsbeleid

Steeds meer cao's besteden aandacht aan oudere werknemers en de maatregelen die genomen moeten worden om hen in staat te stellen langer te kunnen blijven werken. Sommige cao's schrijven expliciet voor dat de werkgever een 'leeftijdsbewust' personeelsbeleid moet voeren.⁸¹ De cao voor de Grafimedia is een voorbeeld van een cao waarin hieraan uitgebreide aandacht wordt geschonken. Naast de aandacht voor scholing en opleiding als preventieve maatregelen in dit kader, wordt ook *functie-wijziging* als een manier genoemd om de loopbaan te continueren. Bij plaatsing in een lager ingedeelde functie, schrijft de cao voor dat het laatst genoten loon wordt voortgezet. Ook zou de werkgever volgens deze cao 'alles in het werk moeten stellen' om het arbeidspatroon aan te passen om zo de betreffende werknemer in staat te stellen zijn werkzaamheden voort te zetten. Voor de werknemers die nog onder de VUT-regeling vallen (van boven de 60 jaar en 2 jaar verwijderd van uittreden) geldt een gunstige regeling wanneer ze minder willen uren gaan werken.

Cao Grafimedia (art. 8.6)

Indien werkgever en werknemer vaststellen dat continuering van de functie en/of de overeengekomen arbeidspatronen leidt tot onoverkomelijke problemen voor werknemer, zal de werkgever alles in het werk stellen om werknemer binnen het bedrijf een meer passende functie en/of een aanpassing van de arbeidspatronen aan te bieden. (...) Indien de werkgever de door de werknemer gesignaleerde problemen niet onderkent, kan de werknemer dit ter beoordeling voorleggen aan de burgerlijke rechter.

Cao Landbouwwerktuigen exploiterende ondernemingen (art. 85 lid 1)

Werknemers van 55 jaar en ouder kunnen onder voorwaarden gebruik maken van de mogelijkheid om 80% te gaan werken met behoud van 90% van het loon. Werkgevers en werknemers zijn ten behoeve van deze regeling ieder een heffing verschuldigd. Vanaf 1 januari 2008 wordt de leeftijd voor deelname verhoogd naar 57 jaar.

Ook de cao voor de Informatie-, communicatie- en kantoortechnologiebranche besteedt aandacht aan leeftijdsbewust personeelsbeleid. Daarbij is bepaald dat iedere werknemer in hoge mate zelf verantwoordelijk voor zijn eigen loopbaan. Er zijn echter instrumenten die ingezet kunnen worden, zoals het functioneringsgesprek waarin nadrukkelijk ook 'knelpunten' moeten worden geïnventariseerd en opgelost,

81 Naast de genoemde voorbeelden, zie ook cao Fortis (art. 7.4) en cao Beroepsopleiding en volwasseneneducatie (art. E-19).

en zoveel mogelijk moet worden geanticipeerd op toekomstige ontwikkelingen, op kansen en bedreigingen voor zijn verdere functioneren'.⁸² Ook het veranderen van de functie dient daarbij als mogelijkheid te worden onderzocht.

Cao Informatie-, communicatie- en kantoortechnologiebranche (hfd. 15 artikel 1.1 en 2.2)

Het leeftijdsbewust personeelsbeleid dient flexibel te zijn en maatwerk op te leveren. Bovendien dient het beleid gericht te zijn op het proces van het ouder worden en op constante aanpassingen van mogelijkheden en onmogelijkheden van het functioneren van de werknemer en van het bedrijf. Mede aan de hand van de functioneringsgesprekken kan worden vastgesteld of het gewenst is om een werknemer naar een andere functie over te plaatsen, of dat hij een zwaarder, lichter dan wel ander takenpakket dient te krijgen. De mogelijkheden daartoe worden onderzocht.

Er kan sprake zijn van overplaatsing naar een lagere functie of naar een andere functie op gelijkwaardig niveau. Daarnaast moet voorkomen worden dat een werknemer een functie uitoefent beneden zijn capaciteiten en opleiding.

Indien dat binnen de onderneming mogelijk is en door werknemers wenselijk wordt gevonden, zal invoering van functieroulatie worden overwogen. (...)

Functieverschuiving heeft te maken met interne mobiliteit. Ook externe mobiliteit kan, onder voorwaarden, een mogelijkheid zijn.

Ook de cao voor de SNS Reaal kent een leeftijdbewust personeelsbeleid, al wordt het daar niet zo genoemd. Onder de noemer 'duurzame inzetbaar' zijn bepalingen te vinden die wel hieronder geschaard kunnen worden. Zo is er een bepaling waarin staat dat de werknemer van 58 jaar en ouder ervoor kunnen kiezen de arbeidsduur te verkorten, 'indien zulks een oplossing biedt voor de balans tussen werkbelasting en belastbaarheid'. De cao bepaalt dat in principe de mogelijkheid moet worden geboden om de arbeidsduur te verminderen. In beginsel is z'n mogelijkheid niet anders dan de mogelijkheid die volgt uit de Wet aanpassing arbeidsduur, maar de cao bepaalt wel dat het inkomensverlies dat hierdoor ontstaat 'gelijkelijk wordt gedeeld door de werkgever en de werknemer'.⁸³ De cao bepaalt voorts dat de werkgever de werknemer zodanig moet faciliteren, dat deze 'bij kan blijven voor wat betreft vakkennis en vaardigheden'. Wanneer het echter gebeurt dat de werknemer ondanks zijn inspanningen er niet in slaagt zich de vereiste kennis en vaardigheden ('en het vereiste gedrag') eigen te maken, dan moeten de werkgever en de werknemer gezamenlijk naar een oplossing zoeken. In principe moet de werkgever dan – waar mogelijk – een 'andere, gelijkwaardige functie' aan de werknemer aanbieden. Wanneer dat niet tot de mogelijkheden behoort, wordt gezocht naar plaatsing in een lager ingedeelde functie. In dat geval kan om-, her- of bijscholing nodig zijn. De cao bepaalt in elk geval dat 'de gezamenlijke inzet van de werkgever en de werknemer is laatstgenoemde van werk naar werk te brengen'.⁸⁴ Bij plaatsing op initiatief van de werkgever in een lager ingedeelde functie geldt de volgende regeling:

82 Cao Informatie-, communicatie- en kantoortechnologiebranche hoofdstuk 15 artikel 2.2.

83 Cao SNS Reaal, protocol C4. Hoe dit precies wordt verdeeld, blijkt niet uit de tekst. Ook bepaalt de cao dat het gebruik van deze regeling geen consequenties voor de opbouw van het prepensioen/FPU 'heeft te hebben'. De opbouw van het ouderdomspensioen blijft gebaseerd op de oorspronkelijke individueel overeengekomen arbeidsduur.

84 Cao SNS Reaal, protocol C5.

1 Indien de werknemer korter dan drie jaar in dienst is, dan wel zijn promotie naar een hoger ingedeelde functie minder dan drie jaar geleden heeft plaatsgevonden, behoudt de werknemer zijn huidige salaris, voor zover dit salaris het niveau van het maximum van de nieuwe functieschaal niet overstijgt.

2 In het geval van terugplaatsing na promotie zal de inschaling niet lager zijn dan de inschaling die hoort bij de functie die vervuld werd voordat promotie plaatsvond.

3 Indien de werknemer zijn huidige functie langer dan drie jaar vervult, zal bij plaatsing in een functie waaraan een lagere schaal is verbonden, die lagere functieschaal op hem van toepassing zijn. De werknemer behoudt zijn huidige salaris mits dit salaris het niveau van het maximum van de nieuwe functieschaal niet overstijgt. Indien dit wel het geval is, wordt het verschil tussen het huidige salaris en het maximum van de nieuwe functieschaal uitbetaald in de vorm van een persoonlijke toeslag. Deze toeslag zal worden ingelopen met eenzelfde bedrag als de eventuele inkomensaanpassing van het salaris volgens Inkomensaanpassing, totdat deze nihil is.

Indien de werknemer vanwege functioneringsproblemen op eigen verzoek geplaatst wordt in een lager ingedeelde functie, wordt hij in de bijbehorende lagere functieschaal ingeschaald. Indien het huidige salaris het maximum van de nieuwe functieschaal overtreft, zal het verschil tussen het huidige en het nieuwe salaris worden toegekend in de vorm van een persoonlijke toeslag. Deze toeslag wordt vervolgens in drie opeenvolgende jaren afgebouwd; in het eerste jaar wordt de toeslag vastgesteld op 75% van het verschil, in het tweede jaar op 50% en in het derde jaar op 25%. Met ingang van het vierde jaar komt de toeslag te vervallen.

Indien de werknemer zijn huidige functie langer dan drie jaar vervult en 55 jaar of ouder is op het moment van overplaatsing in een nieuwe lagere functie zal het huidige salaris worden gegarandeerd. Het salaris zal uitsluitend nog worden aangepast met de inkomensaanpassingen volgens Inkomensaanpassing.

Ook andere cao's kennen (zeer) gedetailleerde bepalingen over functiewijziging bij oudere werknemers. Bijvoorbeeld in de cao voor de Mode-, interieur-, tapijt- en textielindustrie wordt bepaald dat oudere werknemers voor een bepaalde periode hun huidige loon behouden wanneer ze een andere functie krijgen toebedeeld of in andere ploegen gaan werken. Na die periode wordt het loon gefaseerd afgebouwd naar het nieuwe niveau.⁸⁵ Vooral de cao voor de Nederlandse Spoorwegen kent in dat kader een uitvoerige regeling.⁸⁶ Ingevolge de regeling dient de werkgever zich in te spannen om de werknemer zo spoedig mogelijk in een passende functie te herplaatsen. Een werknemer op wie de regeling van toepassing is, komt bij 'goed functioneren' in aanmerking voor salarisverhoging tot het maximum van de salarisgroep behorende bij de functie die hij voorheen bekleedde. De regeling bepaalt ook wie in aanmerking komt voor demotie. Dat zijn:

- werknemers van 55 jaar en ouder die niet meer een functie van een zwaarder niveau aan kunnen;
- werknemers van 55 jaar en ouder die noodgedwongen hun functie niet meer mogen uitvoeren;
- werknemers die door een reorganisatie overcompleet worden en waarvoor in de eigen salarisgroep geen plaats is;
- werknemers die door omstandigheden buiten hun schuld benoemd zijn op een functie van lager niveau.

⁸⁵ Cao Mode-, interieur-, tapijt- en textielindustrie (art. 44 lid 4, 5 en 6). Andere voorbeelden zijn de cao Technisch installatiebedrijf (art. 36 lid 4) en cao Achmea (art. 35 lid 2).

⁸⁶ Art. 90 cao NS, p. 23-24.

Veel cao's bevatten nog steeds bepalingen waarin additionele vakantie- en verlofdagen voor oudere werknemers zijn geregeld. Of dergelijke bepalingen de toets van leeftijdsdiscriminatie kunnen doorstaan hangt van verschillende factoren af.⁸⁷ De kans dat de cao-regeling de toets wél doorstaat, wordt groter wanneer de additionele verlofdagen deel uitmaken van een breder (senioren) beleid gericht op duurzame inzetbaarheid.⁸⁸ Dikwijls schrijft de cao voor dat voor werknemers van 50 of 55 jaar en ouder die in ploegdiensten werken functies moeten worden gevonden die minder belastend zijn. Deze werknemers kunnen dan op basis van de cao niet meer verplicht worden om in nacht- of ploegdiensten te werken.⁸⁹ Ook zijn in veel cao's werknemers van 50 of 55 jaar en ouder vrijgesteld van de verplichting overwerk te verrichten.⁹⁰ Dit soort ontziebeleid is duidelijk discriminerend naar leeftijd, maar zal waarschijnlijk de toets van objectieve rechtvaardiging doorstaan wanneer ermee getracht wordt de oudere werknemer langer inzetbaar te houden.

Cao Organon (art. 4.3b)

Werkgever zal een werknemer van 55 jaar of ouder werkzaam in ploegdienst zoveel mogelijk voorrang geven bij het vervullen van passende functies met een minder belastend dienstrooster.

Cao Albert Heijn distributie (art. 8 lid 2 sub b)

Werknemers van 50 jaar en ouder hoeven slechts op basis van vrijwilligheid aangeboden overwerk te verrichten.

6.5.2 Interne mobiliteit

De meeste cao-bepalingen waarin de voorwaarden zijn beschreven waaronder een functiewijziging kan plaatsvinden, betreffen ofwel oudere werknemers in het kader van demotie ofwel met ontslag bedreigde werknemers. De eerste groep bepalingen is hierboven beschreven; de tweede groep komt in paragraaf 6.7 bij het ontslagbeleid aan bod. In sommige cao's worden functiewijzigingen of overplaatsingen ook in andere gevallen geregeld.⁹¹

Cao Timmerindustrie (art. 55 lid 4)

Als in een bedrijf of afdeling een aanmerkelijk aantal werknemers ten gevolge van technische vernieuwing in een andere functie moet worden ingedeeld, zullen de betrokken werknemers tenminste het niveau van hun oude functie behouden en de beloning die voor hen daarbij gold. De werkgever zal in dat verband de werknemer zonedig in de gelegenheid stellen om,- her- of bijscholing te volgen ten behoeve van een goede vervulling van een nieuwe of gewijzigde functie.

Sommige cao's verplichten de werknemer mee te werken aan interne mobiliteit.

87 Zie uitgebreider hoofdstuk 5.

88 Een goed voorbeeld is de cao GVB (hoofdstuk 7 Seniorenbeleid).

89 Zie bijv. cao Albert Heijn distributie (art. 14).

90 Cao voor de Energie sector schrijft echter voor de werknemer hiervan vrij kan worden gesteld alleen indien hiervoor een medische noodzaak aanwezig is, zie art. 2.25 lid 3.

91 Zie naast de genoemde voorbeelden, ook cao Primair Onderwijs (art. 10.6).

Cao Universiteiten (art. 1.10)

Wanneer het belang van de instelling dit vordert, is de werknemer verplicht, al dan niet in dezelfde organisatie-eenheid en al dan niet in dezelfde plaats waar de arbeid dient te worden verricht, een andere functie te aanvaarden, die met inachtneming van artikel 9.12a van deze cao passend wordt geacht, in verband met zijn persoonlijkheid, omstandigheden en vooruitzichten.

Cao Energie (art. 2.15 lid 1)

De werknemer is verplicht – nadat hij en, indien hij dit wenst, ook zijn raadsman is gehoord – een andere functie te aanvaarden voor de vervulling waarvan hij in het bedrijfsbelang is aangewezen, als deze functie hem redelijkerwijs, in verband met zijn persoonlijkheid, zijn omstandigheden en voor hem bestaande vooruitzichten, kan worden opgedragen.

6.5.3 Wijziging van arbeidsvoorwaarden bij overgang van onderneming

In sommige sectoren kent het productieproces specifieke kenmerken waardoor er meer dan gemiddeld ‘schommelingen’ in de werkgelegenheid kunnen ontstaan. In het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf wordt bijvoorbeeld veel gewerkt op basis van aanbestedingen van projecten. In de cao voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf zijn gedetailleerde regelingen opgenomen teneinde de continuïteit van het dienstverband van de werknemers zo veel mogelijk te waarborgen. Zo is de onderneming die een aanbesteding heeft gewonnen (of in termen van de cao: een object verwerft) verplicht om de werknemers die op dat moment tenminste 1,5 jaar op het object werkzaam waren een arbeidsovereenkomst aan te bieden.⁹² In hoofdstuk 5 is uitgelegd dat onder omstandigheden hier sprake kan zijn van overgang van onderneming.⁹³ Artikel 7:663 BW regelt de gevolgen van de overgang van onderneming. Dat artikel bepaalt, kort gezegd, dat alle rechten en verplichtingen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien van rechtswege overgaan op de verkrijger. Er is nog onduidelijkheid ten aanzien van de *wijziging van arbeidsvoorwaarden* na de overgang.⁹⁴ Duidelijk is wel dat de overgang zelf geen aanleiding mag zijn om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen.

De eerder genoemde cao voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf bepaalt dan ook dat het verwervende bedrijf – bij het aanbieden van de arbeidsovereenkomst – rekening dient te houden met het cao-loon dat voor betrokkene geldt, alsmede de andere opgebouwde rechten voor zover ze uit de cao voortvloeien en het aantal uren op basis waarvan de werknemer werkte. Het in deze cao bepaalde lijkt dus niet strijdig te zijn met de regelgeving ten aanzien van de overgang van onderneming. De cao biedt de werknemers, die op dat moment tenminste 1,5 jaar op het object werkzaam waren, zelfs de mogelijkheid om te kiezen of ze het aanbod van de verkrijger willen aanvaarden; een mogelijkheid die op basis van de wet in principe niet bestaat. Werknemers die niet in aanmerking komen voor een aanbieding als hier

92 Art. 38 lid 3. Het is niet verplicht om aan objectleiders en werknemers die langer dan 26 weken arbeidsongeschikt zijn een arbeidsovereenkomst aan te bieden.

93 Er hoeft echter altijd sprake te zijn van overgang van onderneming. Bepalend zal onder meer zijn of een economische eenheid overgaat die haar identiteit behoudt, conform art. 7:662 BW.

94 Zie voor toelichting hoofdstuk 5, paragraaf 5.6.3.2.

genoemd, worden door de (oude) werkgever herplaatst binnen de regio. Wanneer de werkgever op andere objecten binnen de regio vacatures heeft die een passende functie betreffen, dan moet hij deze aan de genoemde werknemer aanbieden. Daarbij bepaalt de cao nadrukkelijk dat wanneer sprake is van een passende functie, de contracten voor bepaalde tijd binnen de regio worden beëindigd ten gunste van de werknemer met een contract voor onbepaalde tijd die op grond van dit artikel dient te worden herplaatst.⁹⁵ Pas wanneer deze herplaatsingsprocedure een maand nadat het object is overgegaan op de volgende werkgever nog niet heeft geleid tot het aanbieden van een passende functie, heeft de werkgever de mogelijkheid de arbeidsovereenkomst op te zeggen.⁹⁶ Een vergelijkbare bepaling – een waarin de verkrijger dus de verplichting heeft een arbeidsovereenkomst onder dezelfde arbeidsvoorwaarden aan de werknemer aan te bieden – bevat de cao voor de Particuliere Beveiliging.⁹⁷

Sommige cao's bieden de verkrijgende werkgever bij overgang van onderneming toch mogelijkheden om arbeidsovereenkomsten van werknemers die mee overgaan te wijzigen dan wel te beëindigen. Een voorbeeld is de cao voor de Cateringbranche. Die cao bevat nu bepalingen waarin staat dat bij contractwisseling de nieuwe werkgever de werknemers moet overnemen, maar dat hij de arbeidsvoorwaarden mag wijzigen indien 'dit vereist is in verband met de (inrichting van) de werkzaamheden na de contractswisseling en/of voortvloeit uit de (nieuwe) overeenkomst zoals die is gesloten tussen opdrachtgever en de nieuwe werkgever'.⁹⁸ Ook mag de nieuwe werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigen 'indien de werkgever voor die werknemer, ten gevolge van een wijziging in het contract tussen de werkgever en de opdrachtgever, geen werkzaamheden meer voor de werknemer te verrichten heeft'.⁹⁹ De wijzigingen mogen inhouden 'veranderingen in de arbeidsvoorwaarden; vermindering of vermeerdering van het aantal uren van de betrokken werknemer (...); plaatsing in een lagere loongroep'.

De cao bepaalt verder dat de betere arbeidsvoorwaarden dan wat de cao voorschrijft schriftelijk mogen worden gewijzigd. Wijzigingen mogen alleen worden doorgevoerd indien tegelijk in een 'aanvulling' wordt voorzien.¹⁰⁰ Ook beëindiging is alleen mogelijk indien in een aanvulling (op de WW-uitkering) wordt voorzien.¹⁰¹ Naast de aanvulling ligt ingevolge de cao op de werkgever de verplichting om datgene te doen wat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden 'om een andere functie op een vaste locatie binnen het bedrijf met dezelfde arbeidsvoorwaarden, respectievelijk hetzelfde aantal uren voor de werknemer te vinden, zonder daarbij de belangen van andere bij hem in dienst zijnde werknemers te schaden, respectievelijk een functie te

95 Art. 38 lid 9.

96 Art. 38 lid 10. De cao-bepaling regelt hier dus ook het ontslagbeleid.

97 Cao Particuliere Beveiliging, art. 96.

98 Art. 11 lid 2.

99 Art. 11 lid 10.

100 Art. 11 lid 7.

101 Cao Cateringbranche (art 11 lid 8a).

vinden die qua arbeidsvoorwaarden zo dicht mogelijk ligt bij de oorspronkelijke functie van de werknemer'.¹⁰²

Wanneer aangenomen wordt dat er sprake is van overgang van onderneming, is het bovenstaande in strijd met de wet. Strijdigheid is aanwezig waar de cao bepaalt dat de verkrijger de arbeidsovereenkomst met de werknemer na de overgang mag beëindigen. In de cao staat immers uitdrukkelijk dat dit tot de mogelijkheden behoort wanneer de werkgever voor die werknemer 'ten gevolge van een wijziging in het contract tussen de werkgever en de opdrachtgever' geen werkzaamheden meer heeft. Beëindiging lijkt hier dan direct verband te houden met de overgang van onderneming. In dergelijke gevallen kent de wet een opzegverbod (art. 7:670 lid 8 BW). Ook daar waar de cao bepaalt dat de verkrijger de arbeidsvoorwaarden mag wijzigen, is sprake van strijdigheid met de wet, omdat de wijziging weer direct verband houdt met de overgang van onderneming.¹⁰³ Cao-partijen kunnen bij cao niet een eto-reden voor wijziging aanwijzen. De cao-partijen beseffen ook dat hetgeen zij geregeld hebben in het geval van overgang van onderneming waarschijnlijk niet (geheel) overeenkomt met wat de (Europese) wetgeving en rechtspraak heeft bepaald. Zij spreken echter in de protocolbepaling af zich in te spannen om 'te bereiken dat er een officiële interpretatie komt van de wet c.q. wijziging van de wet waarbij BW artikel 7:662 (overgang van onderneming) inhoudelijk de vorm krijgt van de regeling zoals partijen die hebben neergelegd in de sociale paragraaf van de cao'.¹⁰⁴ Dit is een ambitieuze doelstelling, die niet eenvoudig gerealiseerd kan worden, mede omdat het hier van oorsprong Europese wetgeving betreft.

6.5.4 Overwerk¹⁰⁵

In hoofdstuk 5 is reeds uitgelegd dat de Arbeidstijdenwet alleen een maximale arbeidsduur voorschrijft waarin eventueel overwerk al is begrepen. Er bestaan dus geen *wettelijke* maxima specifiek voor overwerk. In een groot aantal ondernemings- en bedrijfstak-cao's wordt echter voorgeschreven dat de werkgever overwerk (zo veel mogelijk) moet beperken. We kunnen ervan uitgaan dat overwerk in de eerste plaats om redenen van veiligheid en gezondheid wordt beperkt. Soms wordt echter in de cao uitdrukkelijk vermeld dat het overwerken wordt beperkt om de werkgelegenheid te spreiden.¹⁰⁶

¹⁰² Art. 11 lid 15a.

¹⁰³ De rechter heeft dit ook met betrekking tot deze cao-bepaling vastgesteld, zie ktr. Amsterdam 8 mei 2012, JAR 2012/158.

¹⁰⁴ Protocolbepaling B, die overigens de titel 'Werkzekerheid/werkgelegenheid' draagt.

¹⁰⁵ In dit onderzoek is alleen gekeken of en in hoeverre overwerk in cao's wordt beperkt in relatie tot baan- of werkzekerheid. De analyse van de gevonden bepalingen over overwerk is dus niet geschied met het doel de vraag te beantwoorden hoe overwerk in *het algemeen* in cao's is geregeld. Zie daarvoor bijv. C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014, p. 173-174.

¹⁰⁶ Naast de genoemde voorbeelden, zie ook cao Vleessector (Werkgelegenheidsparagraaf Protocol), cao Motorvoertuigenbedrijf en Tweewielerbedrijf (art. 33 lid 7), cao Doe-het-zelfbranche (art. 5.2.2), cao Technisch installatiebedrijf (art. 21 lid 7), cao Architectenbureaus art. (16 lid 1, 3 en 4), cao DSM Limburg B.V. (art. 40 lid 2), cao Hema (art. 7.2 lid 1), cao Albert Heijn Distributie (art. 8 lid 1).

Cao Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf (art. 12 lid 1 en 2)

Overwerk zal tot een minimum worden beperkt terwille van de spreiding van de werkgelegenheid. Structureel overwerk is niet toegestaan, behoudens in bijzondere gevallen, ter beoordeling aan de cao-commissie, waarbij onder structureel overwerk wordt verstaan: overwerk dat met een vaste frequentie gedurende meerdere weken achtereen plaatsvindt.

Cao Metaalbewerkingsbedrijf (art. 21 lid 7)

In het kader van de werkgelegenheid dient regelmatig overwerk tot het uiterste te worden beperkt.

Cao Bakkersbedrijf (art. 15.2 sub f)

Binnen het kader van de herverdeling van de arbeid dient overwerk te worden beperkt, in het bijzonder in die sector van de bedrijfstak, waar gepland overwerk wordt verricht, dan wel lange arbeidstijden voorkomen.

Cao-bepalingen die vaak voorkomen, zijn die waarin in dit kader een maximum tijd voor overwerk wordt gesteld, waarbij overigens grote verschillen geconstateerd kunnen worden.¹⁰⁷

Cao Uitzendondernemingen vaste medewerkers (art. 9 sub 3)

In het algemeen kan de werknemer niet meer overwerk worden opgedragen dan gedurende acht uur per week en tevens niet meer dan 30 uur per kalenderkwartaal; deze beperking is terzake van het tegengaan van structureel overwerk en geldt niet voor bijzondere incidentele activiteiten.

Cao Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraam- en Jeugdgezondheidszorg (art. 5.5.2, lid 1)

Het aantal uren overwerk mag gemiddeld per week, te meten per aaneengesloten periode van zes maanden niet méér bedragen dan 10% (...).

Cao Particuliere Beveiliging (art. 22 lid 2)

De werknemer is verplicht uren te verrichten, indien dat in het belang van de onderneming noodzakelijk is. Daarbij geldt een maximaal aantal arbeidsuren van 176 uur per loonperiode (NZ: loonperiode is 4 weken).

De cao voor de Bouwnijverheid kent een vrij gedetailleerde bepaling over het overwerk. Op grond van die bepalingen kan de werkgever zijn werknemers in een jaar maximaal 26 weken tot overwerk verplichten waarbij ook een maximum geldt van drie uur per week.¹⁰⁸ In de resterende periode van dat jaar kan overwerk slechts plaatsvinden wanneer in bijzondere gevallen de omstandigheden dat vereisen en indien 'een representatief deel van de daarbij betrokken werknemers daarmee instemt'.¹⁰⁹ Structureel overwerk is alleen toegestaan, wanneer de cao-partijen toestemming hebben verleend.¹¹⁰ Een aantal cao's koppelt aan het overschrijden van het maximum uren overwerk een verplichting voor de werkgever om een vacature voor een nieuwe medewerker uit te schrijven.¹¹¹

107 Naast de genoemde voorbeelden, zie ook cao Technische groothandel (art. 40 lid 4), cao Landbouwwerktuigen exploiterende ondernemingen (art. 28 lid 1 en 4), cao Fortis (art. 3.5.2), cao Delta Lloyd (art. 3.8 lid 3), cao Achmea (art. 4.8 lid 3).

108 Cao Bouwnijverheid art. 15 lid 1.

109 Cao Bouwnijverheid art. 16 lid 1a.

110 Cao Bouwnijverheid art. 16 lid 4.

111 Bijv. cao Geestelijke Gezondheidszorg (hoofdstuk 10, art. 5) en cao Gehandicaptenzorg (art. 7.6).

In sommige cao's zijn afspraken te vinden over mogelijkheden om de arbeidsduur en overwerk tijdelijk te wijzigen om zo de werkgelegenheid in het bedrijf te spreiden. In de cao voor het Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf wordt uitdrukkelijk vermeld dat deze maatregelen ertoe moeten bijdragen dat het dienstverband wordt verlengd.

Cao Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf (art. 13)

Binnen de onderneming kunnen tussen werkgever en werknemer afspraken worden gemaakt over aanpassing van de arbeidsduur en overwerk, in het kader van werkspreiding, met als doel de verlenging van het dienstverband.

De bedoeling is dat de werknemer in het hoogseizoen (voorjaar en zomer) meer uren werkt en zo uren 'spaart' voor het laagseizoen (herfst en winter) wanneer er minder werk is. De werknemer kan dan de gespaarde uren als verlof opnemen.¹¹² Voor elk uur dat de werknemer in het hoogseizoen langer heeft gewerkt, kan hij of zij in het laagseizoen één uur opnemen. Deze afspraken kunnen met individuele werknemers worden gemaakt, waarbij in principe geldt dat dit alleen op vrijwillige basis gebeurt. Er kunnen echter wel met de personeelsvereniging of de ondernemingsraad afspraken worden gemaakt over een collectieve deelname aan deze 'werkspreiding'.¹¹³

Als compensatie voor deze flexibiliteit aan de kant van de werknemers bepaalt de cao dat de werkgever 'extra werkzekerheid' moet verstrekken aan de werknemers die mee hebben gedaan aan de regeling.

Cao Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf (art. 16 lid 1)

De werkgever dient voor elk opgespaard uur 50% extra werkzekerheid aan zijn werknemer te verstrekken. In de periode van deze werkzekerheid dient de werknemer beschikbaar te zijn om de bedongen arbeid te verrichten. Indien de werkgever geen werk voor de werknemer heeft, dient te werkgever wel het loon en de daarbij behorende verlofwaaarde over deze werkzekerheidstoelaguren¹¹⁴ uit te betalen.

De cao bepaalt verder dat wanneer zich een situatie voordoet dat er een gebrek aan werk is en de werkgever wil overgaan tot ontslag, een werknemer, met wie afspraken in het kader van werkspreiding zijn gemaakt en die aan het einde van het hoogseizoen minimaal 35 uur heeft gespaard, niet eerder mag worden ontslagen dan nadat de opgespaarde uren zijn opgenomen en de 'werkzekerheidstoelaguren' door de werkgever zijn verstrekt.¹¹⁵ Dit is hoe het dienstverband dus wordt 'verlengd'.

112 Het opnemen van de uren gaat in overleg tussen werkgever en werknemer, maar als zij er niet in slagen om overeenstemming te bereiken, dan mag de werkgever beslissen wanneer de werknemer de uren mag opnemen. Art. 15 lid 10 Cao Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf. De cao bepaalt verder dat de gespaarde uren binnen 2 jaar moeten worden opgenomen.

113 De personeelsvereniging en de ondernemingsraad hebben hier een instemmingsrecht. Art. 14 lid 3 Cao Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf.

114 Artikel 3 sub 18: In deze overeenkomst wordt onder werkzekerheidstoelaguren verstaan: De door de werknemer in het hoogseizoen gewerkte uren boven de normale arbeidstijd per week, vermenigvuldigd met 0,5 ter besteding voor werkzekerheid in het laagseizoen.

115 Art. 16 lid 2. De nog openstaande werkzekerheidstoelaguren komen te vervallen indien de dienstbetrekking eindigt op verzoek van de werknemer, dan wel de werknemer op staande voet wordt ontslagen, dan wel de werknemer komt te overlijden.

6.6 Aanstellings- en wervingsbeleid

6.6.1 Interne werving boven externe werving

Zoals in hoofdstuk 5 reeds is toegelicht, is het werven en selecteren van werknemers door werkgevers in Nederland vrijwel vrij van wettelijke regels. In cao's kunnen aanvullende bepalingen zijn opgenomen omtrent het werven van (nieuwe) werknemers; deze bepalingen komen van oudsher regelmatig in cao's voor.¹¹⁶ Onderzoek uit 2004 liet echter zien dat het aantal in cao's over werving en selectie vastgelegde afspraken ten opzichte van het jaar 2000 was gestabiliseerd en op onderdelen zelfs afnam.¹¹⁷ Kötter uitte in 2010 het vermoeden dat in cao's meer aandacht besteed wordt aan werving, selectie en aanstellingsbeleid wanneer de werkloosheid toeneemt.¹¹⁸ Dat vermoeden blijkt te kloppen. Uit mijn onderzoek naar cao's, die grofweg in de periode tussen 2011 en 2013 golden, blijkt dat cao's niet zelden bepalen hoe een werkgever moet omgaan met vacatures. Daarbij wordt tamelijk vaak bepaald dat de werknemers die al in dienst zijn als eerste in de gelegenheid moeten worden gesteld om te solliciteren naar de betreffende vacature.¹¹⁹ Dit soort bepalingen is in zowel bedrijfstak-cao's als ondernemings-cao's te vinden. Interne werving gaat dan dus voor op externe werving, maar de cao bepaalt niet dat de interne kandidaat ook voorrang moet krijgen.

Cao Technische groothandel (art. 66)

Bij het ontstaan van vacatures binnen de onderneming dienen de werknemers van deze onderneming zoveel mogelijk eerst in de gelegenheid te worden gesteld daarnaar te solliciteren.

Cao Unilever (art. 3)

De werkgever zal werknemers in staat stellen te solliciteren naar vacatures die bij Unilever ontstaan, alvorens tot externe werving wordt overgegaan.

In sommige cao's wordt wel voorgeschreven dat bij vacatures de werknemers die al in dienst zijn (in beginsel) voorrang krijgen. Zeker in 18 cao's is een dergelijke bepaling gevonden.¹²⁰ In nog 10 cao's wordt voorrang verleend aan specifieke groepen van werknemers, zoals overtollige of eerder ontslagen werknemers.¹²¹

¹¹⁶ Zie bijv. I.P. Asscher-Vonk, Toegang tot de dienstbetrekking, diss. UvA 1989, p. 60-61.

¹¹⁷ S. Pott en L. Junger, *Werving en selectie in cao's (2004): een onderzoek naar de doorwerking van de Stichtingsaanbevelingen met betrekking tot werving en selectie op cao-niveau*, Ministerie van SZW 2004, p. 21.

¹¹⁸ R.F. Kötter, De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd, diss. Universiteit Leiden 2010: 'Werving en selectie in cao's' p. 104.

¹¹⁹ Naast de genoemde voorbeelden, zie ook cao Zoetwarenindustrie (art. 47, sub 3), cao Océ-Technologies B.V. (art. 3 sub 6), cao Motorvoertuigenbedrijf en Tweewielerbedrijf (art. 104 lid 2), cao Technisch installatiebedrijf (art. 74 lid 2 en 3), cao ANWB (art. 2.3 lid 1).

¹²⁰ Naast de genoemde voorbeelden, zie ook cao Wonen (art. 7-4), cao Groothandel in groenten en fruit (bijlage XII), cao Landbouwwerktuigen exploiterende ondernemingen (art. 17 lid 1), cao KLM Grondpersoneel (art. 4.2 lid 1), cao ONS Middelbaar Onderwijs (bijlage 5), cao ANWB (art. 14.4 lid 1), cao Philips (art. 10.2 sub 5); cao GVB (hoofdstuk 21, § 3).

¹²¹ Naast de genoemde voorbeelden, zie ook cao Verzekeringsbedrijf binnendienst (art. 6.4.2), cao Beroepsgoederenvervoer over de weg (art. 71 lid 3), cao KLM Grondpersoneel (bijlage 15, sub VIII), cao Geestelijke Gezondheidszorg (hoofdstuk 9, sub C lid 6), cao Cateringbranche (art. 75), cao Universiteiten (art. 9.13 en 9.14 lid 5).

Cao V&D (art. 3.1.2)

Werkgever zal reeds in dienst zijnde medewerkers bij gebleken geschiktheid, voorrang verlenen bij vervulling van de binnen de formatieplannen vrijkomende functies.

Cao Metalelektro (art. 9.5 lid 2)

Wanneer in een onderneming een vacature ontstaat, zullen de werknemers in de betreffende onderneming in de gelegenheid worden gesteld daarnaar te solliciteren. Wanneer een werknemer van deze interne sollicitatieprocedure gebruik maakt doch niet volledig aan de functie-eisen voldoet, zal de werkgever betrokkene zo mogelijk in de gelegenheid stellen door middel van scholing aan de gestelde functie-eisen te voldoen.

Cao Océ-Technologies B.V. (art. 3 sub 6)

Ingeval van vacatures zal Océ (...) voorrang geven aan solliciterende voormalige medewerkers die als gevolg van fusie of reorganisatie zijn ontslagen, mits niet meer dan één jaar sedert hun ontslag is verlopen en het bedrijfsbelang zich niet daartegen verzet.

Cao Heineken (art. 7)

- a. Heineken zal bij vervulling van vacatures voorrang verlenen aan reeds in dienst zijnde personeel en zal gebruik maken van al die externe officiële organen die in de vervulling van vacatures op doeltreffende wijze kunnen voorzien.
- b. Bij de vervulling van vacatures, waarvoor extern mag worden geworven, komen allereerst werknemers met een tijdelijk contract in aanmerking. Voorwaarde is dat de betrokkene aan de eisen van de functie voldoet.

Een aantal cao's bevat bepalingen met betrekking tot interne werving waarbij enkel de werknemers met 'atypische contracten' gunstigere behandeling krijgen. Zo kent de cao voor het Schoonmaak- en glazenwassersbedrijf de verplichting om bij een vacature voor een functie met een arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, deze functie bij voorrang aan te bieden aan werknemers met een contract met uitgestelde prestatieplicht (waartoe oproepcontracten gerekend kunnen worden).¹²²

Cao Grafimedia (art. 1.3.1)

Tuiswerkers of oproepkrachten zullen een voorrangsbehandeling krijgen bij sollicitaties naar interne vacatures voor een vaste dienstbetrekking.

Cao KLM Grondpersoneel (art. 4.2 lid 2)

Indien een vacature niet wordt ingevuld door een reeds bij de KLM in dienst zijnde werknemer, worden de bij de KLM werkzame uitzendkrachten als eerste in de gelegenheid gesteld om te solliciteren.

Het komt vaker voor dat (eigen) werknemers met flexibele arbeidscontracten voorrang krijgen bij vacatures. Hier kan sprake zijn van onderscheid dat in beginsel verboden is, aangezien het kan gaan om onderscheid naar tijdelijkheid van contract of naar arbeidsduur, maar dergelijk onderscheid kan objectief gerechtvaardigd zijn.¹²³ Het bieden van meer zekerheid omtrent de continuïteit van de arbeidsrelatie aan werknemers met tijdelijke contracten of een kleine aanstelling is een legitiem doel. Beargumenteerd kan worden dat dergelijke cao-bepalingen ook een geschikt middel zijn, gezien het feit dat de wet in artikel 7:657 BW en artikel 8 Waadi de verplichting

¹²² Zie art. 6 bij Bijlage V van de cao.

¹²³ Zie ook hoofdstuk 5 over dit soort onderscheid in cao's.

kent om werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd respectievelijk uitzendkrachten 'tijdig en duidelijk' in kennis te stellen van een vacature terzake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹²⁴ Het is echter wel zo dat wanneer bij cao wordt voorgeschreven dat reeds in dienst zijnde werknemers voorrang moeten krijgen bij vacatures, de uitzendkrachten daar niet onder worden verstaan. In het kader van gelijke behandeling van uitzendkrachten, zou het voorkeur verdienen wanneer bij 'interne werving' de vacatures ook opengesteld worden voor uitzendkrachten.

6.6.2 Voorkeursbeleid in externe werving

In het Sociaal Akkoord van 2013 zijn afspraken gemaakt over 'baangaranties' voor mensen met een beperking. Werkgevers in de marktsector zouden zich vanaf 2014 garant stellen voor een toenemend aantal extra banen voor deze mensen. De groei van het jaarlijkse aantal extra banen zou geleidelijk toe moeten nemen totdat in 2026 'een cumulatief aantal van 100 duizend extra banen' is gecreëerd voor mensen met een beperking.¹²⁵ Het Sociaal Akkoord bepaalt verder dat in de wet een quotum wordt vastgelegd met de genoemde jaarlijkse aantallen. Het quotum zou 'geactiveerd' worden op het moment dat het aantal afgesproken banen niet tot stand komt.

Uit mijn onderzoek blijkt dat een aantal cao's al regelingen bevat over het scheppen dan wel beschikbaar houden van arbeidsplaatsen voor bepaalde groepen op de arbeidsmarkt, hoewel hiertoe niet altijd arbeidsgehandicapten behoren.¹²⁶ In veel cao's is te lezen dat cao-partijen in ieder geval aandacht hebben voor specifieke groepen mensen met een relatief zwakke arbeidsmarktpositie. Afhankelijk van de sector zijn dat naast mensen met een beperking ook vrouwen, jongeren of juist ouderen. Een verscheidenheid aan afspraken wordt gemaakt over het plaatsen van deze doelgroepen.¹²⁷ In veel gevallen zijn de regelingen echter weinig scherp geformuleerd. Vaak ontbreekt in dergelijke bepalingen een beschrijving van de concrete verplichtingen die op grond van de regeling op de werkgever rust.

Cao Timmerindustrie art. 56

De werkgever zal de grootst mogelijke aandacht besteden aan het scheppen van plaatsingsmogelijkheden voor doelgroepen die zijn oververtegenwoordigd aan de aanbodzijde van de arbeidsmarkt: met name voor oudere, jongere en gehandicapte werknemers.

124 Of ook aan de vereisten van proportionaliteit en noodzakelijkheid is voldoen, zal bij elke cao-bepaling apart beoordeeld moeten worden.

125 De overheid zou in aanvulling hierop vanaf 2014 gedurende 10 jaar jaarlijks 2,5 duizend extra banen moeten 'openstellen' voor mensen met een beperking. Vanaf 2024 zouden dus 25 duizend extra banen moeten zijn ontstaan voor deze specifieke groep. Zie Bijlage 'Overzicht van maatregelen' bij brief aan de TK d.d. 11 april 2013 'Resultaten sociaal overleg' (referentienr. 2013-0000045997), p. 2.

126 Het is niet ondenkbaar dat het quotum uit het Sociaal Akkoord tot gevolg heeft dat de aandacht in collectieve arbeidsvoorwaardenvorming voor andere groepen met een zwakke(re) arbeidsmarktpositie afneemt.

127 Tevens kan echter vastgesteld worden dat zulke regelingen in cao's al een lange tijd voorkomen. Asscher-Vonk constateert bijvoorbeeld in 1989 dat cao's uiteenlopende regelingen bevatten met betrekking tot arbeid door arbeidsgehandicapten, zie Asscher-Vonk 1989, p. 41. Een andere vraag is uiteraard in hoeverre dergelijke collectieve afspraken in het verleden inderdaad ervoor gezorgd hebben dat de arbeidsdeelname van deze groep personen is toegenomen.

Cao Openbaar Vervoer, art. 96 lid 1

In het kader van het streven naar verbetering van de arbeidsmarktpositie van vrouwen, jongeren en allochtonen zal de werkgever een beleid voeren dat in positieve zin gericht is op het wegnemen van belemmeringen voor het in dienst treden en functioneren van deze groepen.

Cao SNS Reaal, protocol J sub a

Naast de reguliere personeelsvoorziening zal de werkgever zich inspannen voor personen met een achterstandspositie op de arbeidsmarkt bijdragen te leveren om hun kansen op de arbeidsmarkt te vergroten. Dat kan bijvoorbeeld plaatsvinden door werkervaringsplaatsen beschikbaar te stellen, waar nodig in combinatie met passende arbeidsmarktrelevante opleidingen.

Voorwaarde voor deze werkervarings /opleidingstrajecten is dat de werkgever werkervaringsplaatsen beschikbaar heeft binnen zijn organisatie en voldoende begeleidingscapaciteit kan leveren.

Dit soort vage bepalingen komt relatief vaak voor. Andere cao's zijn in dit opzicht concreter. Het werven van specifieke groepen blijft een intentie, maar de intentie kan omkleed zijn met voorwaarden, bijvoorbeeld wat betreft het aantal beschikbaar te stellen dan wel te creëren arbeidsplaatsen. Ook schrijft de cao bijvoorbeeld voor dat werkgever uitleg verschuldigd is over het gevoerde beleid.¹²⁸

Cao Mode-, interieur-, tapijt- en textielindustrie, protocol onder 3 (werkgelegenheid)

Partijen bij de cao bevelen werkgevers aan een bijdrage te leveren aan het verhogen van de arbeidsparticipatie van Wajongers. In dit kader hebben werkgevers de inspanningsverplichting om ondanks de extreem moeilijke marktomstandigheden, er voor te zorgen dat in de branche 50 extra werkplekken voor jeugdige werklozen en 10 jonggehandicapten worden aangeboden.

Cao DSM Limburg B.V. (protocol)

Tevens zal DSM in Nederland zich inspannen om aan 15 Wajong-ers een proefplaatsing aan te bieden. Aan het einde van de proefplaatsingsperiode zal, bij gebleken geschiktheid, de proefplaatsingsovereenkomst worden omgezet in een dienstverband.

Cao Groothandel in Groenten en fruit, bijlage XII

De werkgever dient te streven naar een uitbreiding van de werkgelegenheid met 2% ten behoeve van langdurig werklozen tot 23 jaar.

De arbeidsplaatsen, die beschikbaar komen door verkorting van de normale diensttijd of doordat werknemers eerder dan op 65-jarige leeftijd uittreden, zullen bij voorkeur worden ingenomen door jongere werknemers.

Cao Beroepsgoederenvervoer over de weg, bijlage VII

Middels een sectorarrangement met VNG en UWV zal er naar worden gestreefd om 2750 additionele leerwerkplaatsen voor jongeren van 18 tot 27 jaar tot stand te brengen.

Er zal naar worden gestreefd om voor 100 jongeren met een beperking (Wajongers) een leerwerkplek in de sector te creëren.

Cao Contractcateringbranche art. 83

Voor werkgevers geldt een inspanningsverplichting tot het plaatsen van personen behorende tot de doelgroepen (gedeeltelijk) arbeidsgehandicapten (waaronder Wajongers) en gehandicapte werknemers alsmede herintredende vrouwen, jongeren met een afgebroken vakopleiding, langdurig werklozen en etnische minderheden. (...) Tenminste 2 maal per jaar (1 januari en 1 juli) zal aan het

¹²⁸ De meeste van deze bepalingen zijn niet algemeen verbindend verklaard, daar intentieverklaringen en protocollen niet in aanmerking komen voor algemeenverbindendverklaring, zie 4.3 Toetsingskader AVV.

Vakraadbestuur¹²⁹ mededeling worden gedaan omtrent de resultaten van de inspanningsverplichting ten aanzien van vorengenoemde doelgroepen.

Een aantal cao's schrijft wel een (soort) voorkeursbeleid bij externe werving voor, hoewel opgemerkt moet worden dat dit soort bepalingen niet zo vaak voorkomt. Deze bepalingen zijn bovendien niet zelden vaag, in die zin dat ze geen concrete handelingen voorschrijven, of wanneer dat wel het geval is, niet voorschrijven in welke concrete gevallen bij de aanstelling de voorkeur aan bepaalde groepen gegeven moet worden.¹³⁰

Cao Groothandel in groenten en fruit (bijlage XII)

Bij gelijke geschiktheid wordt bij aanname en doorstroming aan vrouwen de voorrang gegeven, daar waar sprake is van een onevenwichtige situatie.¹³¹

De cao voor de ABN AMRO schrijft in dit kader een specifiek beleid voor. Om concrete inhoud gegeven aan het streven meer vrouwen in hogere functies te benoemen wordt bepaald dat wanneer een vrouwelijke medewerker haar arbeidsovereenkomst beëindigt na geboorte of adoptie van een kind, de bank haar herindiensttreding binnen vier jaar na die beëindiging zal bevorderen wanneer voor die medewerker een passende functie beschikbaar is. Het is niet geheel duidelijk of met het 'herindiensttreding bevorderen' ook voorrang bij een vacature wordt bedoeld, dus een heel concreet recht aan een sollicitant geeft deze bepaling niet. Toch is het een meer concrete invulling van een bepaald beleid dan enkel de mededeling dat de werkgever 'aandacht zal besteden' aan vrouwen.¹³² Dit soort cao-bepalingen waaruit blijkt dat men ook aan oud-werknemers met gezinstaken heeft gedacht is zeer uitzonderelijk.

Cao ABN AMRO, p. 6

De Bank wil een evenredig aantal vrouwen in hogere functies. Als een vrouwelijke Medewerker haar arbeidsovereenkomst beëindigt na geboorte of adoptie van een kind, zal de Bank haar herindiensttreding binnen vier jaar na die beëindiging bevorderen als voor die Medewerker een passende functie beschikbaar is.

Cao Energie (art. 2.22 lid 3)

De werknemer, die vanwege de feitelijke verzorging van een of meer tot zijn gezin behorende kinderen in de leeftijd tot 4 jaar zijn arbeidsovereenkomst heeft beëindigd, behoudt – als hij daarom schriftelijk verzoekt – de positie van interne sollicitant tot het tijdstip waarop dit kind, of de laatste van deze kinderen, 4 jaar wordt.

129 Er is een Vakraad voor de Contractcateringbranche. Deze geeft onder andere uitleg over de arbeidsvoorwaarden in de branche en coördineert het geformaliseerde overleg tussen de sociale partners in de branche; met uitzondering van het cao-overleg.

130 Ook Asscher-Vonk noemt de cao-bepalingen die ze in een door haar verricht onderzoek heeft aangetroffen 'weinig krachtig', zie Asscher-Vonk 1989, p. 44.

131 Hier wordt bijvoorbeeld niet gepreciseerd wanneer sprake is van een 'onevenwichtige situatie' en of dit onderzocht moet worden.

132 Kötter komt tot de conclusie dat met name ondernemingscao's van grote bedrijven afspraken over het voeren van een voorkeursbeleid, zie Kötter 2010, p. 107. Op basis van mijn onderzoek kan ik niet dezelfde conclusie trekken. Wel zijn de bepalingen uit ondernemingscao's op dit gebied concreter geformuleerd, zoals het voorbeeld van de ABN AMRO laat zien.

In de volgende voorbeelden is sprake van 'met voorrang aandacht besteden aan' dan wel 'verhoogde aandacht voor' een bepaalde groep. In deze bepalingen is dus niet een voorkeursbeleid vastgelegd, maar een (sterk) afgezwakte vorm daarvan.

Cao Timmerindustrie (art. 56 lid 3)

De werkgever zal bij werving van nieuw personeel bij voorrang aandacht besteden aan de mogelijkheid van plaatsing van werknemers die gedeeltelijk arbeidsongeschikt zijn ingevolge de WAO/WIA in voor hen geschikte functies en aan plaatsing van jeugdige werknemers die partieel leerplichtig zijn.

Cao Contractcateringbranche (art. 85 lid 3)

Random werving en selectie is verhoogde aandacht voor de categorie vrouwen. In het kader van een promotiebeleid zal nadrukkelijk gekeken worden naar de mogelijkheden en samenstelling van de verschillende groepen in de onderneming en een daarbij behorende afspiegeling tussen mannen en vrouwen.

Cao Universiteiten (art. 6.3)

In het werving- en selectiebeleid zal de werkgever een stimuleringsbeleid voeren gericht op vrouwen, arbeidsgehandicapten, allochtonen en andere groepen werknemers in een achterstands- of anderszins kwetsbare positie op de arbeidsmarkt.

6.6.3 Flexibele arbeidsrelaties

De wervings- en arbeidsorganisatievrijheid van de werkgever kan aanzienlijk worden beperkt wanneer in de cao het gebruik van de zogenoemde atypische of flexibele arbeidsovereenkomsten wordt beperkt. Er is een grote verscheidenheid aan cao-afspraken op dit terrein. In sommige cao's wordt het gebruik van bepaalde flexibele arbeidsovereenkomsten (zoals oproepcontracten) verboden of alleen in uitzonderlijke situaties toegelaten.

Cao Beroepsonderwijs en volwasseneneducatie (art. D-5) en cao ONS Middelbaar Onderwijs (art. B3)
De werkgever zal flexibele arbeidsovereenkomsten die de werknemer in een nadelige positie brengen, zo veel mogelijk voorkomen en derhalve:

- a. geen gebruik maken van 'nul-uren' contracten;
- b. slechts bij uitzondering een 'min-max contract' hanteren;
- c. een terughoudend beleid voeren in de aanbieding aan dezelfde werknemer van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

Cao Vleessector (art. 5)

- Het is niet toegestaan een dienstbetrekking aan te gaan op basis van een afroepcontract.
- Stagiaires mogen geen reguliere arbeidsplaats innemen.

Er zijn echter relatief weinig cao-bepalingen aangetroffen die het gebruik van bepaalde soorten contracten op die manier beperken dan wel verbieden. Soms kan uit de cao-bepaling afgeleid worden dat de betrokken vakbonden de rechtspositie van werknemers met een oproepcontract hebben willen versterken, maar dat de onderhandelingen op dat punt niet tot een – voor de werknemers – 'sterk' resultaat

hebben geleid. Een voorbeeld is de cao voor de Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraam- en Jeugdgezondheidszorg.¹³³

1. Jaarlijks stelt de werkgever de werknemer met een nulurencontract in de gelegenheid om aan te geven of hij een arbeidsovereenkomst wil met een gemiddeld aantal uren per week.
2. Met de werknemer die dit aangeeft overlegt de werkgever om zo mogelijk te komen tot een arbeidsovereenkomst met een gemiddeld aantal uren per week.

De bepaling wekt de indruk dat een werknemer met een nulurencontract jaarlijks zijn of haar contract kan laten overzetten in een 'normaal' (deeltijd)contract met een vast aantal uren per week. Er staat echter dat de werknemer de gelegenheid krijgt om zijn of haar wens hieromtrent kenbaar te maken aan de werkgever en dat zij vervolgens daarover een overleg krijgt met de werkgever om 'zo mogelijk' tot het gewenste contract te komen. Er worden hiermee geen concrete individuele rechten toegekend. De ondernemingsraad kan op basis van een dergelijke bepaling wel concrete(re) afspraken maken met de werkgever.

Sommige cao's besteden specifieke aandacht aan *deeltijd arbeid*. Afhankelijk van de specifieke situatie in het bedrijf of de bedrijfstak wil de cao het werken in deeltijd stimuleren¹³⁴ dan wel werknemers die op basis van een deeltijd-contract werken de gelegenheid bieden om – indien de werknemer dat wenst – op fulltime basis te werken of hun aanstelling uit te breiden.¹³⁵

Cao Vleessector (art. 6, sub 1)

Indien zich in een bedrijf voltijds vacatures voordoen hebben deeltijdwerkers het recht om bij voorrang naar de functie te solliciteren.

Cao Kinderopvang, art. 4.1 lid 6 en 7

De werknemer die in deeltijd werkzaam is, heeft aanspraak op uitbreiding van zijn arbeidsovereenkomst in het geval van een vacature waarvoor hij volgens de objectieve functie-eisen in aanmerking komt.

Het recht van de deeltijdwerknemer op uitbreiding van zijn arbeidsovereenkomst kan op grond van bedrijfseconomische, -organisatorische, of -sociale redenen alleen worden ingeperkt doordat de werkgever met instemming van de OR of PVT (of bij het ontbreken hiervan het personeel) (conform artikel 27 WOR) in een regeling beperkingen en/of afwijkingsmogelijkheden ten aanzien van het uitbreidingsrecht vastlegt.

6.6.3.1 Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd

Zoals bekend stelt de wet alleen grenzen aan *opvolgend* gebruik van arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.¹³⁶ De wet bepaalt niet *wanneer* tijdelijke overeenkomsten

¹³³ Art. 4.3.

¹³⁴ Dat is het geval bij de cao Verzekeringsbedrijf binnendienst (art. 6.1.3 sub d) en cao Technische groothandel (art. 20 lid 1 en 2).

¹³⁵ Zie naast onderstaande voorbeeld ook cao Hoger Beroepsonderwijs (art. D-7 lid 2), cao Primair Onderwijs (art. 2.5 lid 3) en cao Technische groothandel (art. 20 lid 4).

¹³⁶ Art. 7:668a BW.

gesloten mogen worden; de werkgever is daar in principe vrij in. Cao's kunnen het gebruik van tijdelijke overeenkomsten beperken tot een aantal (uitzonderlijke) situaties. In sommige cao's is inderdaad aangegeven wanneer een contract voor bepaalde tijd afgesloten mag worden.

Cao ABN AMRO (p. 5)

Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mag alleen bij:

- piekvorming in het werk;
- tijdelijke vervanging van een collega;
- een project;
- een overgangsfase bij een reorganisatie; of
- een opleidingsperiode voor een trainee.

Cao Post NL Postbezorgers (art. 9 lid 2)

De arbeidsovereenkomst kan worden aangegaan voor bepaalde tijd:

- ter vervanging van een tijdelijk afwezige werknemer;
- voor het verrichten van werkzaamheden verbonden aan een tijdelijke opdracht aan de werkgever;
- voor het verrichten van werkzaamheden van tijdelijke aard en/of omvang.

Gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd wordt in de cao voor het Primair onderwijs beperkt. De cao bepaalt dat een dergelijk contract in principe slechts bij de eerste indiensttreding mag plaatsvinden.¹³⁷ Verder mag een contract voor bepaalde tijd worden aangeboden wanneer sprake is van voorziening in een tijdelijke vacature, bij vervanging van een tijdelijk afwezige werknemer en wanneer sprake is van contract- of projectarbeid.¹³⁸ Het komt voor dat de vakbonden in de cao hebben bedongen dat ze inzicht krijgen in de cijfers over het gebruik van contracten voor onbepaalde tijd.

Cao ANWB (art. 3.2 lid 6 en 7)

De onderneming zal eenmaal per jaar aan de vakorganisaties een overzicht geven van aard en omvang van tijdelijke dienstverbanden en de verhouding tussen vast en tijdelijk personeel per hoofdafdeling. Desgevraagd zal ook de Ondernemingsraad worden geïnformeerd.

Na afloop van deze cao zal de vakorganisaties inzicht worden gegeven in de redenen waarom van de in lid 2 bedoelde mogelijkheden voor opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gebruik is gemaakt.

De cao voor de Gehandicaptenzorg bepaalt dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen gesloten mag worden op basis van een regeling waarmee de ondernemingsraad dan wel de personeelsvertegenwoordiging conform artikel 27 van de WOR heeft ingestemd.¹³⁹

Dit soort beperkingen op het gebruik van tijdelijke contracten komen niet zo vaak voor. Dit is niet vreemd, aangezien de werkgevers doorgaans niet snel geneigd zullen

¹³⁷ Cao Primair onderwijs, art. 3.3.

¹³⁸ Cao Primair onderwijs, art. 3.4.

¹³⁹ Art. 2.3.

zijn dit soort afspraken te maken. Alleen wanneer de werknemersorganisaties een (zeer) sterke onderhandelingspositie hebben, kunnen ze dit soort afspraken maken. Toch komt het voor. Zo is in de cao voor Albert Heijn Distributie-organisatie een expliciete afspraak opgenomen over het omzetten van contracten voor bepaalde tijd in contracten voor onbepaalde tijd.

Cao Albert Heijn Distributie-organisatie¹⁴⁰ (Protocol Omzetting dienstverband voor bepaalde tijd in dienstverband voor onbepaalde tijd)

Gedurende de looptijd van de CAO zal Albert Heijn 100 dienstverbanden voor bepaalde tijd omzetten in een dienstverband voor onbepaalde tijd. De helft van de medewerkers waarvan het dienstverband wordt omgezet zal bestaan uit fulltimers.

Een grote onderhandelingsruimte hebben de sociale partners ten aanzien van de ketenregeling voor bepaalde tijd contracten.¹⁴¹ In cao's wordt ook gebruik gemaakt van die ruimte. Een algemeen beeld is echter moeilijk te geven. Sommige cao's beperken 'de keten' korter, andere weer langer; dit verschilt uiteraard sterk per sector. Het is zeker niet zo dat in cao's alleen meer ruimte wordt gecreëerd voor het gebruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd.

Cao Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf (art. 9 lid 1)

De werkgever en de werknemer kunnen schriftelijk de volgende arbeidsovereenkomsten aangaan:

- a. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van maximaal 6 maanden. Deze arbeidsovereenkomst kan tweemaal voor maximaal 6 maanden worden verlengd.
- b. Eenmalig een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van maximaal 18 maanden. Deze arbeidsovereenkomst kan eenmalig voor maximaal 6 maanden worden verlengd.
- c. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ter vervanging van een met name genoemde arbeidsongeschikte werknemer. Deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mag niet langer dan voor de tijd van 2 jaar zijn aangegaan. (...)

Een klein aantal cao's bepaalt dat een werknemer die opnieuw – binnen een bepaalde periode, maar ruimer dan de periode van de wettelijke ketenbepaling – bij dezelfde werknemer in dienst treedt, zijn oude arbeidsvoorwaarden behoudt.

Cao Hoveniersbedrijven (art. 9 lid 11)

De werknemer die een dienstverband voor bepaalde tijd heeft en na afloop van de arbeidsovereenkomst binnen een periode van een jaar wederom bij dezelfde werkgever in dezelfde functie in dienst treedt, zal in het volgende dienstverband geen slechtere arbeidsvoorwaarden krijgen en zijn eerder opgebouwde periodiek/periodieken zullen blijven bestaan. Er zal geen proeftijd worden overeengekomen.

In de cao voor de Glastuinbouw dat de werknemers- en werkgeversorganisaties 'aanbevelen' dat tijdelijke dienstverbanden die 9 maanden of langer duren, worden omgezet naar een dienstverband voor onbepaalde tijd.¹⁴² Dit lijkt een grote inperking

¹⁴⁰ Looptijd: 15 oktober 2009 t/m 14 oktober 2010.

¹⁴¹ Deze ruimte zou momenteel in het licht van de Richtlijn 1999/70/EG te ruim genoemd kunnen worden, zie uitgebreider hoofdstuk 4.

¹⁴² Cao Glastuinbouw (art. 3 lid 4).

van de wettelijke ketenregeling, maar aangezien er staat dat cao-partijen dit slechts aanbevelen, is hiermee geen individuele aanspraak gecreëerd op grond waarvan een tijdelijke werknemer die ergens 9 maanden of langer werkt omzetting van zijn arbeidsovereenkomst kan vragen.¹⁴³

6.6.3.2 Uitzendkrachten

Uitzendkrachten, als specifieke groep van flexibele werknemers, krijgen in veel cao's expliciete aandacht. Die aandacht kan soms gunstig zijn voor deze groep werknemers en soms ongunstig. De meest voorkomende voor de werknemer ongunstige bepaling is die waarin het arbeidsverleden van de uitzendkracht bij de inlener als één arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt aangemerkt wanneer de uitzendkracht bij de inlener in dienst treedt, ongeacht het eigenlijke aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd dat de uitzendkracht met het uitzendbureau heeft gehad in diezelfde periode. Hiermee wijken de cao-partijen af van de wettelijke bepaling in artikel 7:668a, tweede lid BW waarin het opvolgend werkgeverschap is geregeld.¹⁴⁴ Dit soort bepalingen komen zeer vaak in cao's voor.

Cao Zoetwarenindustrie (art. 6 lid 1)

De periode waarin een werknemer, voorafgaand aan het tijdstip van indiensttreding, aansluitend werkzaam is geweest als uitzendkracht bij een werkgever geldt als één arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, ongeacht het aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd dat de uitzendkracht met het uitzendbureau heeft gehad in deze periode.

Het komt ook voor dat de ketenregeling voor de uitzendkrachten in het geheel niet geldt.

Cao Universiteiten (art. 2.2 lid 11)

Bij de bepaling in deze cao van de totale duur en van het totale aantal opvolgende dienstverbanden, blijven dienstverbanden tussen werknemer en verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn buiten beschouwing.

De meest voorkomende voor de uitzendkracht gunstige bepaling is die waarin het recht op gelijke behandeling, althans gelijke beloning, is geregeld. De cao voor de Timmerindustrie schrijft bijvoorbeeld voor dat het gebruik van uitzendkrachten moet worden beperkt, maar wanneer toch overgegaan wordt tot het inlenen van uitzendkrachten, deze ten minste dezelfde beloning en scholingsrechten moeten krijgen als in de cao voor eigen personeel is bepaald.¹⁴⁵ Ook met betrekking tot de overige arbeidsvoorwaarden van de cao, bevelen de cao-partijen aan om deze ten aanzien van

¹⁴³ Dit is dus geen normatieve bepaling en zij is ook niet algemeen verbindendverklaard.

¹⁴⁴ Bij opvolgend werkgeverschap – en daarvan is in principe sprake wanneer een uitzendkracht in dienst treedt bij de inlener en (nagenoeg) dezelfde werkzaamheden blijft verrichten – zouden de arbeidsovereenkomsten door moeten tellen in de keten.

¹⁴⁵ Cao Timmerindustrie art. 3 sub d.

de uitzendkrachten zoveel mogelijk toe te passen. Er zijn meer voorbeelden van cao's waarin voor uitzendkrachten dezelfde (of nagenoeg dezelfde) beloning is geregeld.¹⁴⁶

Cao SNS Reaal (art. 3 lid 5)

Uitzendkrachten zullen ten minste worden beloond volgens het minimum van de functieschaal behorende bij de functie die zij bij werkgever vervullen.

Cao ANWB (art. 2.3 lid 4)

Uitzendkrachten werkzaam bij de onderneming worden beloond conform de betreffende ANWB-salarisschaal. De onderneming heeft omgekeerde bewijslast bij vermoeden van niet naleving van deze afspraak.

De cao voor de Metalelektro schrijft voor dat het totaal van 'arbeidsvoorwaarden' van de 'niet in dienst zijnde werknemers' – waaronder ook, maar niet alleen uitzendkrachten worden verstaan – gemiddeld per functie en leeftijd niet meer dan 10% van de vergelijkbare eigen werknemers in dezelfde salarisgroep mag verschillen.¹⁴⁷

Soms is uitdrukkelijk bepaald dat de scholingsbudgetten ook voor uitzendkrachten zijn bedoeld.

Cao Timmerindustrie (principeakkoord)

Uitzendkrachten komen per 1-10-2011 onder de geldende voorwaarden in aanmerking voor scholingssubsidies, zoals vastgesteld door de SSWT.

Cao Albert Heijn Distributie (bijlage IV, sub 4a)

Uitzendkrachten zullen op het taakniveau waarin zij worden ingezet gelijkwaardig aan vaste Albert Heijn-medewerkers opgeleid worden. Indien en voor zover noodzakelijk zal de opleiding van uitzendkrachten worden verbeterd.

Een ander voorbeeld van een gunstige bepaling is een waarin staat dat de uitzendkracht in dienst moet worden genomen, wanneer deze een bepaalde periode in de onderneming heeft gewerkt.

Cao Openbaar Vervoer (art. 12 lid 4)

Uitzendkrachten hebben recht op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij de inlenende werkgever indien zij:

- Goed functioneren en
 - Er formatieruimte is bij de inlenende werkgever en
 - Op basis van een uitzendcontract één jaar (of maximaal 18 maanden indien de uitzendkrachten een opleidingstraject hebben gevolgd) werkzaam zijn geweest bij één en dezelfde inlenende werkgever (of diens rechtsopvolger bij bijvoorbeeld een concessiewisseling).
- Dit geldt voor alle uitzendcontracten die op of na 1 juli 2008 de genoemde termijn(en) overschrijden.

¹⁴⁶ Naast de genoemde voorbeelden, zie ook cao Metalelektro (art. 9.2 lid 3), cao KPN (art. 14.3), cao Geestelijke Gezondheidszorg (hoofdstuk 3, sub B, art. 4), cao Beroepsonderwijs en volwassenen-educatie (art. D-8), cao Hoger Beroepsonderwijs (art. B-4).

¹⁴⁷ Cao Metalelektro 2011-2013, art. 9.2 lid 4.

Cao Zoetwarenindustrie (art. 6 lid 2)

Een werkgever zal aan een uitzendkracht, die in een periode van 3 jaar 30 maanden werkzaam is geweest in de onderneming, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aanbieden, tenzij de werkgever kan aantonen dat er geen passende functie voorhanden is.

Cao Albert Heijn Distributie-organisatie (bijlage IV, sub 3a)

Uitzendkrachten die een jaar als Magazijnmedewerker hebben gewerkt krijgen een dienstverband voor bepaalde of onbepaalde tijd aangeboden.

Het is echter voor vakbonden niet eenvoudig gebleken om dit soort bepalingen voor de rechter af te dwingen, hoewel ze vrij concreet geformuleerd zijn. Zo vorderde FNV Bondgenoten van het busvervoerbedrijf Qbuzz naleving van het bovengenoemde artikel 12 uit de cao Openbaar Vervoer. Op dat moment waren er ongeveer 80 uitzendkrachten langer dan een jaar bij Qbuzz werkzaam, waarnaast de FNV meende dat er voldoende 'formatieruimte' bij Qbuzz was. Dat laatste bestreed Qbuzz. De kantonrechter gaat in het betoog van Qbuzz mee dat zij weliswaar op dat moment wel formatieruimte heeft, maar in de nabije toekomst waarschijnlijk niet.¹⁴⁸ De rechter vult de tekst van de cao-bepaling aan door te oordelen dat het moet gaan om 'structurele formatieruimte'. Daarnaast lijken ook op dit gebied de gevolgen van de crisis merkbaar te zijn. De cao voor de Timmerindustrie van 2010 bevatte een bepaling waarin stond dat aan uitzendkrachten die langer dan zes maanden in een onderneming werken, door de werkgever een contract voor bepaalde dan wel onbepaalde tijd moet worden aangeboden.¹⁴⁹ De opvolgende cao bepaalt echter dat de werkgever pas na negen maanden een arbeidsovereenkomst aan de uitzendkracht moet aanbieden.¹⁵⁰

Door te bepalen dat uitzendkrachten (nagenoeg) gelijk moeten worden beloond als de in dienst zijnde werknemers of door te bepalen dat de uitzendkrachten na verloop van tijd in dienst genomen moeten worden, stelt men beperkingen aan de inleen van uitzendkrachten. Een veel directere manier om de inleen van uitzendkrachten te beperken is door een maximum te stellen aan het volume van uitzendkrachten dat werkzaam is in de organisatie of door te bepalen in welke situaties uitzendkrachten ingehuurd mogen worden.¹⁵¹ Directe volumebeperking van het uitzendwerk komt in cao's redelijk vaak voor. Dit was in minstens een derde van de onderzochte cao's het geval.¹⁵² Uit de bepalingen is soms af te leiden dat het beperken van het gebruik van uitzendkrachten soms gebeurt ten behoeve van de baanzekerheid van het personeel dat reeds in dienst is en soms ter bescherming van de uitzendkracht zelf.¹⁵³

148 Ktr. Utrecht 28 december 2011, LJN: BV3014.

149 Cao Timmerindustrie 1-1-2010 t/m 31-12-2010, art. 3 sub e.

150 Cao Timmerindustrie 1 januari 2011 tot en met 31 december 2012, art. 3 sub e.

151 Het is de vraag of deze beperkingen in het licht van de Uitzendrichtlijn geoorloofd zijn. Zie hiervoor het vorige hoofdstuk.

152 Naast de genoemde voorbeelden, zie ook cao Vleessector (Werkgelegenheidsparagraaf Protocol), cao Timmerindustrie (art. 3), cao Taxivervoer (art. 6.3), cao Philips (art. 10.1 sub 5), cao Dierhouderij (art. 36 lid 1), cao Open Teelten (art. 28 lid 1), cao Cateringbranche (art. 9 lid 1), cao NS (art. 15 sub d), cao Organon (Bijlage II, sub 5.2), cao ANWB (art. 2.3 lid 3), cao Particuliere Beveiliging (art. 9 lid 3), cao Heineken (bijlage VI, art. 4 lid 1), cao Primair Onderwijs (art. 3.21).

153 Bepalingen waarin staat dat de werkgever alleen gebruik mag maken van gecertificeerde uitzendbureaus zijn ook veel voorkomend. De StvdA acht dit niet een beperkend beding.

Cao Wonen (art. 7-4)

Uitzendkrachten worden slechts ingehuurd als er door de aard van het werk alleen tijdelijk behoefte is aan extra personeel of als het werk van een afwezige werknemer niet kan worden opgevangen of uitgesteld.

Cao Bakkersbedrijf (art. 15.3 sub a)

De werkgever zal niet meer uren door uitzendkrachten laten werken dan 25% van het aantal uren, dat door werknemers, die een arbeidsovereenkomst met de werkgever hebben, wordt gewerkt.

Cao Hema (bijlage 8 overige (protocollaire) afspraken sub 3)

HEMA DC (NZ: distributiecentrum) gaat als beleid hanteren om de inzet van uitzendkrachten tot maximaal 25% gemiddeld over een kalenderjaar van het totale aantal FTE's uitgedrukt in uren in de DC-organisatie te beperken. De realisatie hiervan is mede afhankelijk van bijzondere interne of externe omstandigheden. HEMA zal jaarlijks verslag doen van genoemd uitzendkrachtpercentage.

Cao Albert Heijn Distributie (bijlage IV)¹⁵⁴

Het percentage uitzendkrachten, werkzaam in de Albert Heijn distributieorganisatie, zal worden verlaagd tot maximaal 26% per juli 2007 en 23 % per juli 2008.

Cao Taxivervoer (art. 6.3)

De werkgever mag niet meer dan 15% van de vigerende bruto loonsom (CAO loonsom en kosten ingehuurd personeel) aanwenden voor de inhuur van werknemers die niet onder de werkingsfeer van de CAO taxivervoer vallen.

Sommige cao's zijn zeer specifiek met betrekking tot de omstandigheden waaronder inleen van uitzendkrachten geoorloofd is. Zo beoogt de cao voor de Bouwnijverheid niet de inleen van uitzendkrachten in het algemeen te beperken, maar wel in die gevallen wanneer een werkgever een contract voor bepaalde tijd niet wenst te verlengen. Het is de werkgever dan niet toegestaan om een uitzendkracht in te huren voor de desbetreffende werkzaamheden.¹⁵⁵ Dit verbod geldt echter niet wanneer bij verlenging een contract voor onbepaalde tijd zou ontstaan. Dan is de werkgever in dat geval wel toegestaan om uitzendkrachten voor de desbetreffende werkzaamheden in te huren.

Cao Contractcatering (art. 9 lid 1)

Een specifieke formatieplaats op een locatie mag ten hoogste gedurende een half jaar worden ingevuld door een uitzendkracht. Hierna biedt de werkgever, indien de formatieplaats voorzienbaar blijft bestaan, een arbeidsovereenkomst aan, in volgorde aan een eigen werknemer, een medewerker uit de arbeidspool of een persoon daarbuiten, waaronder een uitzendkracht.

In hoofdstuk 5 zijn dit soort beperkingen op inleen van uitzendkrachten in het licht van de Uitzendrichtlijn besproken. Ik heb daar bepleit dat uit de Richtlijn niet meteen afgeleid kan worden dat dit soort bepalingen niet toegestaan zou zijn. Toch lijken de cao-partijen ervoor te hebben gekozen om de algemeen verbindend verklaring van

154 Dit is een oude afspraak die herhaaldelijk in de cao voor Albert Heijn wordt opgenomen. Zie ook Rb. Haarlem 11 mei 2012, *JAR* 2012/166.

155 Cao Bouwnijverheid art. 1 lid 3 sub b.

dit soort specifieke bepalingen *niet* te vragen. Een voorbeeld is te vinden in de cao voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf die vrij strikte bepalingen kent omtrent het inlenen van uitzendkrachten. Deze bepalingen zijn niet algemeen verbindend verklaard.¹⁵⁶ In het Toetsingskader AVV is niets vermeld over het niet algemeen verbindend verklaren van dergelijke cao-bepalingen. In het Toetsingskader is wel vermeld dat cao-bepalingen die *kennelijk* in strijd zijn met wet- en regelgeving niet voor avv in aanmerking komen. Van kennelijke strijdigheid met wet- en regelgeving is mijns inziens echter geen sprake.

Cao Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf (art. 5 lid 3 en art. 9 lid 6)

Gebruik maken van uitzendkrachten en/of payrollkrachten zal ten hoogste 7,5% van het totaal aantal werkuren van de onderneming per kwartaal mogen bedragen, waarbij kalamiteiten-werkzaamheden en vakantiewerk buiten beschouwing blijven.

De werkgever kan een uitzendkracht voor maximaal 12 maanden inlenen.

Ingevolge artikel 25 lid 1 sub g van de WOR heeft de ondernemingsraad adviesrecht bij het 'groepsgewijs werven of inlenen van arbeidskrachten'. Het groepsgewijs inlenen van uitzendkrachten valt hieronder. In veel cao's krijgen de ondernemingsraden verdergaande bevoegdheden over dit onderwerp, doordat bijvoorbeeld is voorgeschreven dat ook bij inleen van individuele uitzendkrachten advies moet worden gevraagd.¹⁵⁷

Cao Metalelektro (art. 9.2 lid 1)

De werkgever draagt in zijn onderneming zonder voorafgaand overleg met de ondernemingsraad aan niet in dienst zijnde werknemers geen werkzaamheden op welke naar hun aard door werknemers in zijn dienst plegen te worden verricht, noch direct noch indirect via (onder) aannemers.

Cao DSM Limburg B.V. (art. 3)

De werkgever draagt in de Sociale Eenheid DSM Limburg zonder voorafgaand overleg met de Groepsondernemingsraad DSM Limburg B.V. aan ter beschikking gestelde arbeidskrachten, niet vallende onder de bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst, geen werkzaamheden op, welke naar hun aard door de medewerkers plegen te worden verricht.

Cao Groothandel in groenten en fruit (bijlage XII)

De onderneming zal de ondernemingsraad onmiddellijk inlichten, wanneer uitzendkrachten worden ingeschakeld.

6.6.4 Baanzekerheid voor de insiders en werk voor de outsiders?

Wat opvalt is dat veel cao's bepalingen bevatten over werkgelegenheidsbehoud of over interne werving, maar ook bepalingen over het in dienst nemen van mensen met

¹⁵⁶ In het AVV-besluit is vermeld dat naar aanleiding van het verzoek tot AVV, schriftelijke bedenkingen ingediend zijn door de ABU en de NBBU, die later weer ingetrokken zijn, zie *Stcr.* 2012, 14830.

¹⁵⁷ Naast de genoemde voorbeelden, zie ook cao Zoetwarenindustrie (art. 47, 2a), cao Unilever (1 mei 2007 – 1 maart 2009, bijlage 8), cao Organon (bijlage II, sub 5.3), cao ONS Middelbaar Onderwijs (art. B3 lid 2).

een slechte arbeidsmarktpositie of bepalingen die de positie van mensen met een atypische arbeidsovereenkomst willen verbeteren. Dit is vanuit het strategisch oogpunt aan vakbondszijde begrijpelijk: zowel het streven naar baan zekerheid voor de mensen die al werk hebben als het bieden van meer zekerheid aan tijdelijk personeel en het vergroten van kansen op werk voor mensen die een baan zoeken, zijn voor hen legitieme doelstellingen.¹⁵⁸ Het is echter niet ondenkbaar dat deze verschillende doelen (gaan) botsen. Dat bleek ook in de eerder aangehaalde zaak tussen FNV en het busbedrijf Qbuzz. Qbuzz wilde de uitzendkrachten niet in dienst nemen ook al had zij op dat moment voldoende 'formatieruimte', omdat zij eerst de werkgelegenheid van de 'mensen die al een dienstverband hebben zoveel mogelijk wilde garanderen. Zij verwachtte in de nabije toekomst te moeten bezuinigen. De nieuwe cao voor het Openbaar Vervoer bevatte inderdaad tevens een 'werkgelegenheids-garantie'. De kantonrechter overwoog dan ook dat de werkgelegenheidsgarantie in de nieuwe cao centraal stond en dat niet van structurele formatieruimte gesproken kon worden, 'in elk geval niet in die zin dat ook de werkgelegenheid van de vaste medewerkers kan worden gegarandeerd'.¹⁵⁹

Ook Asscher-Vonk constateerde eind jaren tachtig deze inconsistenties in sommige cao's.¹⁶⁰ Zij stelt dat het onmogelijk is aan leden van verschillende groepen tegelijkertijd de voorkeur te geven. Ook Qbuzz brengt hetzelfde punt naar voren: zij kan niet de werkgelegenheid van de mensen met een dienstbetrekking garanderen als ze ook verplicht wordt de uitzendkrachten in dienst te nemen. Dit probleem van strijdige belangen zal zich met name voordoen in economisch slechte(re) tijden. De vraag is dan welk belang voor moet gaan. Wanneer de cao-partijen geen keuze maken, zal de rechter dat (in de laatste instantie) moeten doen. Asscher-Vonk meent dat de belangen van interne sollicitanten het af moeten leggen tegen die van leden van achterstandsgroeperingen. Zij maakt die afweging door te kijken naar hoe het probleem van de botsende grondrechten wordt opgelost.¹⁶¹ Kijken we echter naar de systematiek van het arbeidsrecht dan moet erkend worden dat de 'stabiliteit van de dienstbetrekking' daarin een van belangrijkste elementen van werknemersbescherming is.¹⁶² Daar tegenover staat dat het 'recht op werk' dat de 'outsiders' uiteindelijk zouden kunnen claimen, in het recht niet als een individueel recht erkend is. De *overheid* heeft op dat gebied een inspanningsverplichting.¹⁶³ De *cao-partijen* zijn in dat licht niet gehouden om de interne arbeidsmarkt voor de buitenstaanders te 'openen'

158 Onder de naam Gewoon-Goed-Werk voert FNV Bondgenoten bijvoorbeeld een agenda voor 'gelijke arbeidsvoorwaarden voor gelijk werk, gezond werk en een fatsoenlijk pensioen' ongeacht het type contract waarop men werkt. Dat betekent dat de vakbond zich inzet voor bijvoorbeeld 'meer zekerheid en gelijke beloning voor uitzendkrachten en ander tijdelijk personeel', zie brief 'CAO seizoen 2012: de eerste resultaten' van omstreeks 21 mei 2012, beschikbaar op http://www.fnvbondgenoten.nl/nieuws/nieuwsarchief/2012/mei/484890-eerste_cao_resultaten_tussenstand_210512/. Website laatst bezocht op 18 juni 2012.

159 Ktr. Utrecht 28 december 2011, LJN: BV3014, r.o. 4.31.

160 Asscher-Vonk 1989, p. 209 e.v.

161 Zij erkent echter dat hierin ook politieke keuzes een rol spelen.

162 Zie bijv. HvJ EU 22 november 2005, C-144/04 (Mangold), ro. 64.

163 Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 2.

wanneer dit ten koste gaat van de zekerheden van mensen die al een dienstbetrekking hebben. Dit neemt natuurlijk niet weg dat ze zich voor beide groepen kunnen inzetten.

Toch ben ik geneigd Asscher-Vonk te volgen in de stelling dat het middel waarbij de voorkeur wordt gegeven aan interne sollicitanten en de externe sollicitanten worden achtergesteld alleen toegestaan is in het geval voorrang wordt gegeven aan met ontslag bedreigde of reeds ontslagen werknemers.¹⁶⁴ Wanneer echter geen onderscheid wordt gemaakt tussen werknemers die met ontslag bedreigd worden en anderen – wanneer dus alle ‘eigen’ werknemers voorkeur genieten bij sollicitatie – dan kan het belang van de interne werknemers niet opwegen tegen het belang van gelijke behandeling bij toegang tot werk voor alle sollicitanten. De stabiliteit van hun dienstbetrekking wordt op dat moment immers niet bedreigd.¹⁶⁵ Het doel dat met dit soort cao-afspraken bereikt wordt, gaat bovendien verder dan baanzekerheid. Ook de kans om ‘carrière te maken’ (promotie te maken) wordt voor de interne kandidaten aanzienlijk vergroot. De interne kandidaten hebben dan niet alleen meer kans op stabiliteit van hun dienstbetrekking, maar ook meer toegang tot ‘kwalitatief goede werkgelegenheid’.¹⁶⁶ Het verschil tussen de insiders en outsiders wordt dan alleen maar vergroot.

6.6.5 Concurrentie en nevenarbeid

Zoals in hoofdstuk 2 reeds is uitgelegd, is de rol van de cao op het terrein van het concurrentiebeding ‘uiterst beperkt’.¹⁶⁷ Die rol hoeft echter niet uiterst klein te zijn. Cao’s kunnen wel de *condities* regelen waaronder een concurrentiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen mag worden. Zij kunnen bijvoorbeeld regelen hoe een concurrentiebeding zou moeten luiden of ze kunnen het gebruik ervan geheel verbieden.¹⁶⁸ Uit eerder onderzoek is gebleken dat dit slechts zeer sporadisch gebeurt.¹⁶⁹ Ook uit mijn onderzoek is gebleken dat in slechts weinig cao’s iets over het concurrentiebeding is geregeld.¹⁷⁰

164 Asscher-Vonk 1989, p. 198-199. Zie ook A.M. Luttmer-Kat, *Ontslagbescherming van werknemers*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 1985, p. 118-119. Kötter daarentegen ziet interne werving als bevorderlijk voor ‘loopbaanplanning’ binnen het bedrijf, waarnaast het ook ‘praktisch’ kan zijn, zie R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd*, diss. Universiteit Leiden 2010, p. 31.

165 Daartegenover kan gesteld worden dat tegenwoordig vrijwel iedereen met ontslag bedreigt wordt, waardoor het genoemde onderscheid minder relevant wordt.

166 Ook Asscher-Vonk (1989) benadrukt dit punt, zie p. 199.

167 A.R. Houweling en C.J. Loonstra, ‘Het concurrentiebeding in artikel 7:653 BW: welk regelingsmodel?’, in Jacobs-bundel, p. 386.

168 Dit was bijv. het geval in de cao voor het Kappersbedrijf, Ktr. Sittard-Geleen 7 november 2010, LJN BO2490. Die cao verbiedt nog steeds het gebruik van een concurrentiebeding bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

169 R. Delgado en W.A. Zondag, ‘Het concurrentiebeding in de CAO’, SR 2001-5.

170 Zie naast de genoemde voorbeelden ook cao NBBU (art. 20 lid 1).

Cao GVB (art. 2.9)

In het algemeen komt in de arbeidsovereenkomst geen non-concurrentiebeding voor. De werkgever stelt in overleg met de OR functies vast waarbij wegens de aard van de werkzaamheden of wegens plaatselijke omstandigheden toch een non-concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst opgenomen kan worden.

Cao Kappersbedrijf (art. 2.1 sub c en 2.2 sub b)

De werkgever en de werknemer mogen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een concurrentiebeding opnemen. Hierbij gelden de volgende voorwaarden:

- de werknemer moet 18 jaar of ouder zijn;
- het concurrentiebeding moet schriftelijk worden vastgelegd;
- het beding mag maximaal zes maanden na beëindiging van de arbeidsovereenkomst van kracht blijven.

In een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mag geen concurrentiebeding worden opgenomen. Als dit toch gebeurt, is het beding nietig (ongeldig). Die ongeldigheid blijft bestaan als de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd stilzwijgend (automatisch) overgaat in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Cao Motorvoertuigen- en tweewielerbedrijf (art. 37)

In geval er sprake is van een overeengekomen concurrentiebeding/relatiebeding en er is sprake van ontslag door de werkgever wegens bedrijfseconomische redenen ten gevolge van de crisis, mag de werknemer zich wel vrijelijk bewegen in de arbeidsmarkt waarbij de oude werkgever niet ernstig mag worden benadeeld.

Nevenarbeid is niet wettelijk geregeld, maar beperkingen op het verrichten van nevenarbeid plegen juist wel in cao's opgenomen te worden. Aangezien recent een uitvoerig onderzoek is verricht door Van Drongelen en Lacroix naar de regeling van nevenarbeid in de cao, heb ik voor mijn empirisch onderzoek gebruikgemaakt van dit beschikbare werk.¹⁷¹ Het regelen van nevenarbeid in cao's gebeurt op grote schaal.¹⁷² In een aantal bedrijfstak-cao's zijn zelfs absolute verboden op nevenarbeid aangetroffen. Zo wordt de werknemers die in de schoonmaak- en glazenwassersbranche werken verboden als zelfstandige een eigen schoonmaakbedrijf te voeren, ook als de werknemer een parttime dienstverband heeft.¹⁷³ De meeste cao's schrijven voor dat de werknemer toestemming nodig heeft van zijn werkgever om nevenarbeid te verrichten.

6.7 Ontslagbeleid

6.7.1 Opzegtermijnen

Het verlengen van de wettelijke opzegtermijn bij cao gebeurt niet op grote schaal. De meeste cao's sluiten min of meer aan bij wat de wet op dit punt regelt.¹⁷⁴ Ook kortere

171 J. van Drongelen en S.E.H. Lacroix, *De vrijheid van arbeidskeuze en de regeling van nevenarbeid in collectieve arbeidsovereenkomsten*, Uitgeverij Paris 2012. De auteurs hebben 609 cao's onderzocht.

172 De auteurs constateren dat in 80% van de door hen onderzochte cao's beperkingen op nevenarbeid zijn opgenomen, *ibid.*, p. 72.

173 Ook in de door mij onderzochte cao voor het Schoonmaak- en glazenwassersbedrijf is dit verbod aangetroffen (art. 3 lid 4).

174 Art. 7:672 BW.

opzegtermijnen dan de wet voorschrijft kunnen echter in cao's aangetroffen worden, hoewel dergelijke bepalingen ook niet vaak voorkomen.

Cao Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf (art. 10 lid 5 sub b)
tenminste zoveel weken als de arbeidsovereenkomst na de meerderjarigheid van de werknemer gehele jaren heeft geduurd, ongeacht de periode tussen opeenvolgende betalingen met dien verstande dat uit dezen hoofde de opzegtermijn ten hoogste 13 weken zal bedragen en onder inachtneming van het hierna bepaalde.¹⁷⁵

De cao voor de Universiteiten is een voorbeeld van een cao die de opzegtermijn door de werkgever in acht te nemen aanzienlijk verlengt wanneer het een werknemer betreft die wegens een reorganisatie met ontslag bedreigt wordt.

Cao Universiteiten (art. 9.11 lid 1)
De werkgever zal gedurende een periode van 10 maanden het dienstverband van een werknemer die op grond van een reorganisatie met ontslag bedreigt wordt, niet opzeggen.

Nog een aantal cao's kent (zeer) uitvoerige procedures die doorlopen moeten worden wanneer de werknemer voor ontslag in aanmerking komt. Met deze procedures wordt de opzegtermijn ook verlengd. Zo kent de cao voor de NS een 'bemiddelings-termijn' waarvan de lengte afhankelijk is van de leeftijd van de werknemer en die tot 24 maanden kan oplopen. Deze cao-bepalingen worden hieronder toegelicht.

Het komt voor dat in de cao de opzegtermijn afhankelijk wordt gemaakt van leeftijd.

Cao Glastuinbouw (art. 7 lid 5 sub a)
Is de werknemer 50 jaar of ouder, dan geldt een opzegtermijn van ten minste 3 maanden ongeacht de duur van de arbeidsovereenkomst.

6.7.2 Van-werk-naar-werk regelingen

In een aantal cao's wordt eerst een intentie uitgesproken om de werkgelegenheid te behouden, waarna meteen wordt gesproken over de maatregelen die getroffen moeten worden wanneer gedwongen ontslagen toch nodig blijken. Zo is in de cao voor Philips te lezen dat het beleid van Philips gericht is op 'een zo groot mogelijke continuïteit van de arbeidsverhouding met haar medewerkers'. Meteen daarna staat dat in dat verband geen garanties kunnen worden gegeven. 'Ondanks het streven naar continuïteit van de arbeidsverhoudingen kan het onvermijdelijk zijn dat arbeidsplaatsen vervallen'.¹⁷⁶ In de cao spreekt Philips zich wel uit dat bij een vermindering of verval van werkzaamheden zoveel mogelijk getracht zal worden *vervangende werkgelegenheid* aan te bieden. Ook in de cao voor de ANWB staat dat het beleid van de

¹⁷⁵ Over het algemeen zal dit tot kortere opzegtermijnen leiden dan wat de wet voorschrijft. Indien de arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld 2 jaar heeft geduurd, zal de opzegtermijn o.g.v. deze cao 2 weken bedragen, terwijl art. 7:672 lid 1 sub a, welk artikel driekwart dwingend is, 1 maand voorschrijft.

¹⁷⁶ Cao Philips 2010-2011 art. 10.1 (Werkgelegenheid).

onderneming gericht is op 'een zo groot mogelijke continuïteit van de arbeidsverhouding met haar medewerkers, alhoewel daaromtrent geen garanties kunnen worden gegeven'.¹⁷⁷

Cao Timmerindustrie (art. 55 lid 3)

Inzake de gevolgen die voor werknemers of een aantal werknemers in verband met fusies, sluiting bedrijf of bedrijfsonderdeel zijn te verwachten, zal de werkgever in overleg met de werknemersorganisaties (...) een sociaal plan opstellen. Er zal daarbij eerst gepoogd worden voor de eventueel daarbij betrokken werknemers vervangende werkgelegenheid in de eigen onderneming te bevorderen, zo er arbeidsplaatsen verloren dreigen te gaan. Mocht dit op onoverkomelijke bezwaren stuiten, dan zal via bemiddeling van het UWV WERKbedrijf en de SSWT, aansluitend werk binnen de eigen bedrijfstak gezocht moeten worden.

Van de cao's die het uitgangspunt kennen gedwongen ontslagen (zo veel mogelijk) te voorkomen, bevat een aantal ook (uitgebreide) bepalingen over de procedures rondom overtoolligheid. In de meeste gevallen is de eerste stap een onderzoek naar de mogelijkheden om de betrokken werknemer te herplaatsen naar een andere, passende functie binnen de onderneming. In de cao voor het KLM Grondpersoneel wordt daarvoor in principe 6 maanden uitgetrokken nadat de werknemer overtoolligheid schriftelijk is aangezegd.¹⁷⁸ In die periode komt de werknemer in aanmerking voor sollicitatietraining en (kortdurende) scholing in aanmerking. Tijdelijke tewerkstelling in een andere functie (zowel intern als extern) dient in die tijd ook als mogelijkheid te worden onderzocht, waarbij wel moet worden aangetekend dat de werknemer daarmee moet instemmen. Het streven is voor de overtoollige werknemer een andere passende functie te vinden.¹⁷⁹ Indien de werknemer wordt herplaatst in een passende functie die in een lagere 'functiegroep' is ingedeeld dan de functie waarin hij laatstelijk werkzaam was, dan behoudt hij de beloning die hij in zijn oude functie ontving. Daarbij bepaalt de cao dat de werkgever moet 'blijven streven' de betrokken werknemer weer zo spoedig mogelijk te plaatsten in een functie die ten minste in dezelfde functiegroep is ingedeeld als de functie die hij voorheen vervulde. De werknemer is echter wel verplicht een aangeboden functie die volgens de cao als passend wordt aangemerkt te aanvaarden.¹⁸⁰ Indien de KLM van mening is dat de werknemer ten onrechte passend werk weigert, dan mag zij op basis van de cao de betrokken werknemer uitsluiten van alle hier beschreven voorzieningen en direct een ontslagprocedure starten.

Indien het onderzoek naar interne herplaatsingsmogelijkheden niet succesvol is gebleken, waarbij het aan de KLM is om te beoordelen of er wel of geen mogelijkheden zijn, kan de overtoollige werknemer gebruik maken van outplacementbegeleiding

177 Cao ANWB art. 2.1 lid 1.

178 Cao KLM Grondpersoneel, bijlage 15, sub II lid 2 a en b.

179 Als passende functie wordt aangemerkt een functie die is ingedeeld in dezelfde dan wel een hogere of een lagere functiegroep dan waarin de werknemer is ingedeeld. 'Een functie wordt als niet passend aangemerkt als deze is ingedeeld in een functiegroep die meer dan 2 functiegroepen lager is dan de huidige'. Bijlage 15, sub II lid 5 c.

180 Bijlage 15, sub II lid 5 e.

om op zoek te gaan naar passend werk buiten de KLM.¹⁸¹ De werknemer is dan vrijgesteld van het verrichten van zijn werkzaamheden.¹⁸² Na 6 maanden van outplacementbegeleiding kan de KLM echter het dienstverband beëindigen. Na het aanzeggen van de overtolligheid blijft de werknemer dus nog minstens 12 maanden in dienst terwijl: in de eerst 6 maanden wordt interne herplaatsing geprobeerd en in de tweede 6 maanden externe herplaatsing. De externe bemiddeling met behulp van het outplacementbureau wordt ook na het ontslag voortgezet met een maximum van 6 maanden.¹⁸³ Na ontslag heeft de werknemer aanspraak op de *bij zijn leeftijd* behorende financiële voorzieningen zoals neergelegd in deze cao. Overtollige werknemers hebben bovendien recht op voorrang bij nieuwe vacatures bij KLM.¹⁸⁴ De KLM-cao biedt kortom een hoge mate van baan zekerheid, maar kent ook zeer uitgebreide voorzieningen gericht op werkzekerheid wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst toch wenst te beëindigen.

De cao voor de Nederlandse Spoorwegen is een ander voorbeeld van een cao waarin onder de intentie niet tot gedwongen ontslagen over te gaan begrepen wordt onder andere het bemiddelen van werk naar werk. De cao voor de NS kent een 'ingebouwd' sociaal plan dat van toepassing is op reorganisaties.¹⁸⁵ Voor elke boventallige werknemer wordt een *transferbudget* vastgesteld dat bedoeld is om werknemer financieel te stimuleren om externe functies te aanvaarden, actief te zoeken naar ander werk en 'de weerbaarheid op de arbeidsmarkt te vergroten'. Het sociaal plan bepaalt dat de werknemer het (resterende) transferbudget als ontslagpremie ontvangt, wanneer de werknemer tijdens de bemiddelingstermijn ontslag neemt en niet in dienst treedt bij een werkgever aangesloten bij de Sociale Eenheid NS.¹⁸⁶ De hoogte van het transferbudget is ook hier afhankelijk van de leeftijd. De boventallige werknemers krijgen voorrang bij interne vacatures, maar mogen passende interne functies niet weigeren.¹⁸⁷ De boventallige werknemers hebben ook recht op bemiddeling. De bemiddelingstermijn is weer afhankelijk van de leeftijd:

181 In overleg met de werknemer kan de externe bemiddeling ook eerder aanvangen. Bijlage 15, sub II lid 2 d.

182 Bijlage 15, sub II lid 7 c. Ook in dit geval geldt dat indien de KLM van mening is dat de werknemer ten onrechte passend werk weigert, zij de betrokkene werknemer kan uitsluiten van de herplaatsingsregeling en direct een ontslagprocedure kan starten.

183 De cao kent ook een 'vertrekstimuleringsregeling' voor werknemers jonger dan 50 jaar. Indien zij zelf de arbeidsovereenkomst wensen te beëindigen dan ontvangen ze een uitkering ter grootte van de helft van het laatstgenoten KLM-salaris over de periode vanaf de datum van vrijwillige ontslagname tot de datum gelegen 12 maanden na de aanzegging van de overtolligheid. Zie bijlage bij de cao 15, sub II lid 9.

184 Bijlage 15, sub VIII.

185 Cao NS hoofdstuk 11, p. 85.

186 De cao definieert de Sociale Eenheid als een samenwerkingsverband tussen verschillende rechtspersonen en/of organisatorische eenheden, zoals de NS Groep NV, NedTrain BV, Thalys Nederland NV en ProRail BV.

187 Cao NS hoofdstuk 11 sub 7, p. 86.

Jonger dan 30	9 maanden
30 tot 35 jaar	12 maanden
35 tot 40 jaar	15 maanden
40 tot 45 jaar	18 maanden
45 en ouder	24 maanden

Een ander voorbeeld van een cao die uitvoerig de procedure bij boventalligheid beschrijft, is de cao voor de Rabobank. Daarin wordt bepaald dat het streven is om aan iedere boventallige werknemer een andere passende functie aan te bieden.¹⁸⁸ Daarbij is vrij uitvoerig beschreven wat onder passende functie dient te worden verstaan:

Dit is een functie die vraagt om vergelijkbare competenties, ervaring en opleiding. Ook wordt rekening gehouden met arbeidsduur, geografische locatie en inkomen. Voor het inkomen geldt dat een functie passend is als het verschil tussen het huidige en nieuwe jaarinkomen maximaal 20% is (uitgaande van gelijke arbeidsduur). Als een passende functie op gelijk functieniveau niet beschikbaar is, kan een functie die één functiegroep lager is ingedeeld als passend worden aangemerkt.

Alle maatregelen in dit kader worden ook expliciet onder de noemer 'werkzekerheid' geschaard:

De invulling van het begeleidingstraject wordt vastgesteld in overleg tussen de medewerker en leidinggevende. Maatwerkafspraken gericht op werkzekerheid zijn daarbij uitgangspunt, waaronder:

- in- en/of extern zoeken naar een baan;
- begeleiding start eigen onderneming;
- (om)scholing.

De rechten van de boventallige werknemers zijn ingevolge de cao niet alleen beperkt tot de begeleiding naar een andere functie. Wanneer een werknemer een andere functie binnen de Rabobank krijgt, die één functiegroep lager is ingedeeld dan zijn vorige baan, dan blijft hij maximaal 3 jaar ingeschaald in de oude salarisschaal.¹⁸⁹ De cao schrijft verder voor dat gedurende deze 3 jaar de werkgever en de werknemer zich aantoonbaar moeten blijven inspannen om binnen Rabobank een functie op het oude functieniveau te vinden. Wanneer dat echter niet lukt, wordt de medewerker na de periode van 3 jaar in de lagere salarisschaal ingeschaald.¹⁹⁰ Wanneer een over-tollige werknemer een baan buiten de Rabobank vindt dan komt hij ook in aanmerking voor bepaalde faciliteiten.¹⁹¹ waarbij het jaarinkomen lager is dan het laatstverdiende jaarinkomen bij de Rabobank.¹⁹² Wanneer de werknemer buiten zijn schuld binnen drie maanden bij de nieuwe werkgever wordt ontslagen, dan

188 Cao Rabobank 2011-2012 p. 92.

189 De betreffende werknemer komt daarnaast in aanmerking voor de reguliere individuele salarisverhogingen die hij ook in zijn oude functie zou hebben. Cao Rabobank 2011-2012 p. 95.

190 Hij komt wel in aanmerking voor een toeslag.

191 Dit zijn o.a. een zogenoemde 'van baan naar baan-premie' en zeer uitgebreide loonsuppletie.

192 Ook werknemers die weten dat ze binnen een periode van 6 maanden boventallig zullen worden, en die ervoor kiezen om al begeleid te worden bij het zoeken naar een andere functie, hebben recht op deze suppletie wanneer ze een andere baan buiten de Rabobank vinden. Ze worden echter niet vrijgesteld van werk bij het zoeken naar een baan.

kan hij opnieuw een beroep doen op loopbaanbegeleiding op kosten van de Rabobank. De regelingen in dit kader zijn *niet* afhankelijk van de leeftijd van de werknemer.

Ook in de publieke sector, waar reorganisaties vanwege de bezuinigingen noodzakelijk zijn en men op vrij grote schaal met overtuiging wordt geconfronteerd, staat het principe om gedwongen ontslagen zo veel mogelijk te voorkomen steeds centraal.

Cao Gemeenten (principeakkoord 2011-2012)

Wanneer een voorgenomen organisatieverandering leidt tot boventalligheid, start de Van Werk Naar Werk-fase. Deze fase geeft rechten, maar levert ook verplichtingen op. Het VNNW-traject is individueel maatwerk, een standaardaanpak is er niet. Doel van dit traject is de kansen op ander werk maximaal te benutten door middel van maatwerk. In afwijking van het huidige hoofdstuk 10d duurt het VNNW-traject vastgelegd in een contract, maximaal twee jaar.

Cao Defensie

In verband met de reorganisaties die in de komende jaren als gevolg van de bezuinigingen bij Defensie aan de orde zijn, komen partijen voor de periode van 1 januari 2012 tot 1 januari 2016 een nieuw Sociaal beleidskader Defensie (SBK 2012) overeen. In dit SBK 2012 zijn de afspraken neergelegd over voorzieningen en instrumenten om de personele gevolgen van de reorganisaties op te vangen. Meer dan in het verleden staat hierbij het uitgangspunt 'van werk naar werk' voorop. Het sociaal beleid van Defensie is daarmee gericht op activering in de zin van het vinden van ander werk. Partijen hebben de overtuiging dat voortzetting van arbeidsparticipatie in verreweg de meeste opzichten de beste oplossing biedt.

Cao Provincie

In de komende jaren zullen ingrijpende bezuinigingen op de provincies afkomen. Die zullen onvermijdelijk leiden tot forse ombuigingen en taakstellingen en gepaard gaan met teruggang in provinciale formatie.

Provincies zullen alles op alles zetten om de ombuigingen en taakstellingen te realiseren zonder dat die leiden tot onvrijwillige werkloosheid. Er wordt een uiterste inspanning gevraagd, niet alleen van de provincie als werkgever, maar ook van de werknemer. Van de werknemer mag worden verwacht dat hij zich optimaal en actief zal inspannen om werk te behouden. Dat kan werk zijn binnen de provinciale organisatie (eventueel op een andere plek), maar onder omstandigheden ook buiten de provinciale organisatie.

6.7.3 Arbeidspools en mobiliteitscentra

Terwijl sommige cao-partijen arbeidspools al hebben opgericht, maken andere cao-partijen in de cao kenbaar dat ze gaan verkennen of oprichting van (regionale) arbeidspools zinvol en realistisch is.

Cao Cateringbranche (art. 82)

Voor werknemers in de bedrijfscatering met een arbeidscontract voor onbepaalde tijd die overhoopt niet meer bij een werkgever ressorterende onder de cao voor de Contractcateringbranche werkzaam kunnen zijn (als gevolg van contractswisseling), is er een pool 'Vakwerk Contractcatering', bestuurd door sociale partners.

Cao Recreatie (protocol VII)

De mogelijkheid van regionale arbeidspools wordt gezien. Daarbij zal worden bekeken of aansluiting kan worden gezocht bij de projecten die inmiddels lopen, bijvoorbeeld via de mobiliteitscentra en of er gebruik kan worden gemaakt van overheidsmiddelen.

In sommige sectoren zijn onder andere door de gevolgen van de economische crisis *mobilitateitscentra* opgezet.¹⁹³ Uit de tekst is op te maken dat de werking van de mobiliteitscentra vergelijkbaar zou moeten zijn met die van de arbeidspools.

Cao Open Teelten (Bijlage XVII, Protocolbepalingen)

Om de gevolgen van de economische crisis voor de sector Open Teelten te ondervangen hebben sociale partners besloten een werkgelegenheidscentrum Open Teelten (WGOT) in te richten.

Cao Groothandel in groenten en fruit (bijlage XII)¹⁹⁴

Vanwege de economische recessie is per 1 juni 2010 tijdelijk het Mobiliteitscentrum AGF-Handel opgericht, waarbij de zorg voor het behoud van met ontslag bedreigde werknemers voor de sector prevaleert. Het Mobiliteitscentrum voorziet in de mogelijkheid voor werkgevers binnen en buiten de branche om vacatures te melden. Aldus wordt vraag en aanbod van arbeid in de sector landelijk en regionaal met elkaar in verbinding gebracht.

Het MC-AGF zal ook diensten verlenen aan uitzendkrachten, die minstens negen maanden aan aansluitend voorafgaand aan de inschrijving bij het MC-AGF in de sector hebben gewerkt.

Cao Openbaar Vervoer (art. 96 A)

CAO-partijen zijn overeengekomen dat er een centrale sectorale voorziening wordt gecreëerd die er voor kan zorgen dat in deze tijd van economische recessie vraag en aanbod van arbeid binnen de sector bij elkaar kan worden gebracht. Doelstelling van het mobiliteitscentrum is om medewerkers die hun baan dreigen te verliezen door reorganisatie, dan wel door concessie-overgang, te bemiddelen naar in eerste instantie ander vast werk binnen de sector. (...) Indien dit niet mogelijk blijkt wordt voor een bepaalde tijd bemiddeld naar werk buiten de sector.

De cao voor het Openbaar Vervoer bepaalt verder dat werkgevers niet eenzijdig werknemers in het mobiliteitscentrum kunnen plaatsen. Plaatsing geschiedt op basis van vrijwilligheid of op grond van afspraken overeengekomen met de werknemersorganisaties. Daarnaast is expliciet bepaald dat een eventuele weigering van de werknemer 'niet tegen de werknemer worden gebruikt in bijvoorbeeld een ontslagprocedure'.

6.8 Conclusies

Uit de cao's is op te maken dat er bij collectieve onderhandelingen (veel) aandacht is voor oudere werknemers en de maatregelen die genomen moeten worden om hen in staat te stellen langer te kunnen blijven werken. De cao's schrijven een 'leeftijd bewust personeelsbeleid' voor. Ook in dit kader wordt scholing gezien als de beste preventieve maatregel. Functiewijziging of functionele mobiliteit wordt echter in een toenemend aantal cao's verkend als de mogelijkheid om oudere

¹⁹³ Naast de onderstaande voorbeelden, zie ook cao Glastuinbouw (bijlage II).

¹⁹⁴ In de cao met looptijd van 1 april 2010 t/m 30 juni 2011. In de latere cao komt de bepaling niet meer voor.

werknemers in staat te stellen om door te werken. Vaak wordt dan in de cao bepaald dat de functiewijziging onder voor de werknemer gunstige voorwaarden plaats moet vinden.

Leeftijdsonderscheid komt in cao's ook bij de van-werk-naar-werk regelingen voor. Een aantal (meestal ondernemings-)cao's kent zeer uitvoerige regelingen die gelden bij overtolligheid. Deze regelingen zijn voor de oudere overtollige werknemers meestal gunstiger dan voor de jongere overtollige werknemer. Het doel is echter steeds om te voorkomen dat de betreffende werknemer werkloos wordt. Het uitgangspunt is dan dat gedwongen ontslag zo veel mogelijk vermeden wordt. Bij overtolligheid dient de werkgever 'vervangende werkgelegenheid' te zoeken, waarbij interne herplaatsingsmogelijkheden eerst moeten worden onderzocht. Ook externe bemiddeling met behulp van het outplacementbureau is een veelvoorkomend onderdeel in de procedure. In bijna alle gevallen is de werknemer echter verplicht aan de herplaatsingsactiviteiten mee te werken en een aangeboden functie (die volgens de werkgever als passend wordt aangemerkt) te aanvaarden. Ik verwacht dat het nieuwe ontslagrecht met veel lagere transitievergoeding invloed zal hebben op deze 'genereuze' regelingen en dan in die zin dat zij minder genereus zullen worden. In hoofdstuk 3 is al betoogd dat deze lagere transitievergoeding vermoedelijk het effect zal hebben dat de baanzekerheid die op basis van de wettelijke ontslagbescherming bestaat, af zal nemen, simpelweg omdat het 'goedkoper' wordt om iemand te ontslaan. Maar de transitievergoeding zou wel eens nog een breder effect kunnen hebben, in die zin dat ook de collectieve regelingen die in sommige bedrijven en sectoren bestaan, soberder worden.

Zoals eerder opgemerkt is scholing een onderwerp dat in bijna elke cao voorkomt. Toch zijn er nog steeds cao's waarin (nog) niets of bijna niets over scholing is geregeld. Dit zijn echter uitzonderingen. Lang niet alle scholingsafspraken worden echter in termen van concrete individuele rechten en plichten geformuleerd. Ongeveer een derde van alle onderzochte cao's opent voor de werkgever de mogelijkheid om de werknemer te verplichten scholing te volgen die de werkgever nodig acht voor het bedrijf of de betreffende functie. In bijna de helft van alle onderzochte cao's is een recht op scholing gecreëerd op kosten van de werkgever. In sommige gevallen geldt het recht op scholing alleen wanneer het functiegerichte scholing betreft; scholing dus die de werknemer nodig heeft om zijn functie goed te blijven uitoefenen. Andere cao's erkennen het recht op scholing in het algemeen. Een belangrijk onderwerp in cao's in het kader van scholing betreft de vraag voor wiens rekening de scholingskosten komen. In het geval dat scholing verplicht is, bepaalt de cao doorgaans dat de kosten voor scholing voor de rekening van de werkgever komen. Wanneer scholing op initiatief van de werknemer wordt gevolgd, bijvoorbeeld in het kader van zijn employability, geldt meestal een regeling waarbij de kosten worden gedeeld tussen werkgever en werknemer. Slechts een aantal cao's maakt geen onderscheid tussen scholing op het initiatief van de werkgever en scholing op het initiatief van de werknemer. Deze cao's kennen meestal een individueel scholingsbudget per werknemer toe. Een ander belangrijk thema met betrekking tot studiekosten betreft de

vraag of in de cao afspraken zijn gemaakt over de terugbetaling van die kosten in het geval dat de werknemer relatief kort nadat de scholing is afgerond het bedrijf verlaat of in het geval de werknemer de begonnen scholing niet afmaakt. Dit is een zogenoemd studiekostenbeding. Uit dit onderzoek blijkt dat in ongeveer de helft van alle onderzochte cao's iets over de terugbetaling is geregeld.

Baanzekerheid zal dus vermoedelijk afnemen. In hoeverre wordt inmiddels werkzekerheid in cao's vormgegeven? Employability als thema heeft zeker de aandacht van de cao-partijen. Toch zijn veel individuele werkgevers of werkgeversorganisaties samen met de werknemersverenigingen nog op zoek naar een concrete invulling van dat begrip. In de praktijk blijken de meeste bepalingen die onder de noemer employability of duurzame inzetbaarheid geschaard worden, over scholing te gaan. Ongeveer 40% van alle onderzochte cao's besteedt echter aandacht aan een breder pakket maatregelen dan scholing alleen. Men denkt in termen als 'loopbaan' en 'ontwikkeling' en gaat uit van inzetbaarheid zowel binnen als buiten de onderneming. Wat steeds terugkomt bij cao-afspraken over employability is de beklemtoning van de gedeelde verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers voor (het op peil houden van) de inzetbaarheid van de werknemers. Uit de cao-teksten kan afgeleid worden dat de werknemer verplicht is aan scholing deel te nemen, zich aan nieuwe functie-eisen aan te passen en in sommige gevallen een nieuwe functie binnen het bedrijf dan wel bij een andere werkgever te aanvaarden.

Net als employability is werkgelegenheid een thema dat vaak op de cao-onderhandelingsstafel ligt. In een groot aantal onderzochte cao's zijn afspraken over werkgelegenheid in de bedrijfstak of het bedrijf gevonden. Deze afspraken kunnen echter aanzienlijk van elkaar verschillen. Aan de ene kant van het spectrum vinden we afspraken die inhouden dat in het geval van een reorganisatie de werkgever in overleg moet treden met werknemersverenigingen of ondernemingsraden. Aan de andere kant van het spectrum bevinden zich afspraken waarin min of meer garanties worden gegeven dat de werkgelegenheid (voor de duur van de cao) behouden blijft: gedwongen ontslagen zullen niet uitgevoerd worden. Daartussen bevindt zich een heel scala aan afspraken die de werkgelegenheid direct dan wel indirect raken. Het gaat dan bijvoorbeeld om bepalingen die voorschrijven dat de reeds in dienst zijnde werknemers of de overtoollige werknemers een voorrangrecht hebben bij de vervulling van vacatures. Cao's stellen ook geregeld een maximum aan overwerk om zo de beschikbare werkgelegenheid meer te spreiden. Een groot aantal cao's bepaalt ook in welke mate de werkgever gebruik kan maken van flexibele overeenkomsten, zoals uitzendwerk. Geen van de onderzochte cao's verbiedt de inhuur van uitzendkrachten, maar een aanzienlijk aantal cao's stelt wel beperking op ten aanzien van het gebruik ervan.

In dit verband is een mogelijke 'interne' strijdigheid in de cao geconstateerd wanneer de cao aan de ene kant de baanzekerheid van de insiders – in de zin van werkgelegenheidsbehoud – beoogt en tegelijkertijd de arbeidsparticipatie van mensen met een slechte arbeidsmarktpositie wilt vergroten of gericht is op het verbeteren van de positie van mensen met een atypische arbeidsovereenkomst. Die strijdigheid hoeft

niet altijd aanwezig te zijn, maar wanneer dat wel het geval is en de werkgever meent niet aan allebei cao-doelen te kunnen voldoen, heb ik betoogd, dat de belangen van de insiders alleen mogen prevaleren wanneer deze inderdaad met ontslag bedreigd worden.

Juridisch bereik en werking van collectieve werkzekerheidsafspraken

7.1 Inleiding

De zogenoemde normatieve werking is een van de belangrijkste juridische aspecten van de cao. Het uitgangspunt is dat cao-partijen door middel van collectieve onderhandelingen de arbeidsvoorwaarden vaststellen voor de hele onderneming of (sub) sector. De arbeidsvoorwaarden worden in de cao opgenomen waarna ze in de individuele arbeidsovereenkomsten doorwerken. Zo hebben de collectieve afspraken werking tussen de individuele werkgever en werknemer zonder dat op individueel niveau (opnieuw) onderhandeld moet worden. Toch moet op dit uitgangspunt een aantal belangrijke nuanceringspunten worden aangebracht. De cao bindt niet rechtstreeks alle werknemers en werkgevers.¹ Het Nederlandse cao-stelsel is een contractueel stelsel is dat in principe gebaseerd is op vrijwillige aanvaarding van gebondenheid.² Ondernemers en werkenden kunnen via verschillende wegen onderworpen zijn aan een cao. Die verschillende wegen hebben verschillende rechtsgevolgen. Daarnaast kan de werking van de collectieve afspraak in individuele verhoudingen ook van het type cao-bepaling afhangen. Het uitgangspunt dat sociale partners uniforme arbeidsvoorwaarden kunnen vaststellen is dus niet zo absoluut als op het eerste gezicht misschien lijkt.

Het is om die reden voor dit onderzoek belangrijk na te gaan in hoeverre de individuele werknemers gebonden zijn aan wat in dit onderzoek wordt genoemd de werkzekerheidsafspraken in cao's. Men zou ook kunnen stellen dat de vraag naar de exacte juridische werking bij deze cao-afspraken niet zo belangrijk is, daar zij in principe gunstig zullen zijn voor de werknemers: zij zullen de gevolgen van de cao op dit gebied graag aanvaarden. Hoewel het in de meeste gevallen ook zo zal zijn dat de werkzekerheidsafspraken gunstig zijn voor werknemers, dat hoeft niet in alle gevallen zo te zijn. De vakbonden die namens de werknemers afspraken maken met de werkgevers(organisaties) vertegenwoordigen de *collectieve* belangen van de werknemers. Het is denkbaar dat de belangen van een individuele werknemer niet altijd (geheel) in overeenstemming zijn met de belangen van de werknemers als

¹ Zie bijv. W.J.P.M. Fase, 'CAO-recht en contractsvrijheid', *Arbeid Integraal* 2002, nr. 4, p. 129-133.

² Fase/Van Drongelen, p. 209.

groep of de belangen van de meeste werknemers. Dit kan met name het geval zijn bij de eerder toegelichte transitie-bepalingen. Deze bepalingen hebben als doel het vergemakkelijken van de transitie van de werknemer van de ene baan of functie naar een andere baan of functie. Het is niet ondenkbaar dat niet elke werknemer graag aan een dergelijk traject mee wil doen, omdat hij bijvoorbeeld liever een financiële vergoeding wil ontvangen en zelf een andere baan wil zoeken. Daarnaast komt het voor dat vakbonden (tijdelijk) een verslechtering van arbeidsvoorwaarden accepteren om de werkgelegenheid veilig te stellen. De vraag is derhalve relevant of een individuele werknemer zich kan onttrekken aan dergelijke collectieve afspraken. Bij werkzekerheidsafspraken is voorts de gebondenheid van *oud-werknemers* aan de cao relevant. Werkzekerheid gaat immers uit van een 'transitie-makende' werknemer: een werknemer die van baan naar baan gaat, van werkgever naar werkgever. Sommige werkzekerheidsafspraken zijn juist daarop gericht: zij kennen de werknemer bepaalde aanspraken toe, zoals een aanvulling op zijn inkomen, ook nadat hij de transitie naar een nieuwe werkgever heeft gemaakt. Het komt echter voor dat zulke aanspraken door cao-partijen gewijzigd (moeten) worden. Het is de vraag in hoeverre de inmiddels oud-werknemer ook gebonden is aan die wijzigingen. Aan de hand van die drie situaties – gedwongen transities, verslechtering van arbeidsvoorwaarden en wijziging van aanspraken van oud-werknemers – worden de juridische werking en het toepassingsbereik van de collectieve werkzekerheidsafspraken verkend.

Aan de kant van de werkgever is de vraag naar de gebondenheid met name interessant bij werkgelegenheidsgaranties. Een werkgever (of de werkgeversorganisatie waarvan hij lid is) kan zich hebben verbonden aan een cao waarin de werkgelegenheid voor een bepaalde periode wordt gegarandeerd. Bij plotselinge economische veranderingen kan hij een dergelijke garantie als problematisch ervaren. Hij kan het personeelsbestand dan immers niet aanpassen aan de veranderde situatie. De vraag is dan of en in hoeverre de werkgever gebonden is aan dergelijke cao-bepalingen.

Nadat eerst een korte algemene schets is gegeven van de verschillende toepassingsgronden van de cao op de individuele arbeidsovereenkomst en een eveneens korte beschouwing over de binding aan een sociaal plan, worden de hierboven genoemde situaties één voor één onderzocht. In het laatste gedeelte van dit hoofdstuk worden conclusies getrokken over de juridische werking van werkzekerheidsafspraken in cao's.

7.2 De rechtsgevolgen van de cao

Het maakt voor de rechtsgevolgen van de cao verschil uit op welke grond zij van toepassing is op een bepaalde arbeidsovereenkomst. Het is daarom altijd belangrijk eerst vast te stellen op welke grond de cao van toepassing is.³ Hier kan een

3 A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, diss. VU 2004, p. 151.

onderscheid worden gemaakt tussen de *wettelijke* en de *contractuele* doorwerking van de cao in de individuele arbeidsovereenkomst.⁴ De wettelijke doorwerking vindt op grond van de Wet CAO of op grond van de Wet AVV plaats, welke wetten aan de cao een aantal bijzondere rechtsgevolgen verbinden.⁵ De Wet CAO regelt dat alle individuele werknemers die lid zijn van de werknemersorganisatie die de cao heeft ondertekend en alle individuele werkgevers die lid zijn van de werkgeversorganisatie die de cao heeft ondertekend *vanwege hun lidmaatschap* gebonden zijn aan de cao.⁶ Men spreekt dan van gebonden werknemers en gebonden werkgevers.⁷ Alle individuele afspraken tussen de gebonden werkgever en de gebonden werknemer die strijdig zijn met de cao zijn nietig en in plaats van die afspraken gelden de cao-bepalingen.⁸ De cao vult verder de individuele arbeidsovereenkomst aan op punten waar niets is afgesproken.⁹ Tezamen wordt dit ook de automatische en dwingende werking van de cao genoemd.¹⁰ De contractsvrijheid van de gebonden werkgever en werknemer wordt dus door de Wet CAO in grote mate beperkt. Bovendien worden de arbeidsvoorwaarden uit de cao geacht onderdeel te zijn geworden van de individuele arbeidsovereenkomst, wat bijvoorbeeld ook betekent dat ze in beginsel van toepassing blijven na het einde van de periode waarvoor de cao was aangegaan.¹¹

Vaak kunnen de gebonden werkgever en werknemer wel voor de werknemer gunstigere afspraken maken dan hetgeen de cao bepaalt. Of dit toegestaan is, hangt van het karakter van de cao(-bepaling) af.¹² Wanneer een cao(-bepaling) een minimumkarakter heeft, wat meestal het geval is, dan zijn gunstigere individuele afspraken geldig. Wanneer een cao(-bepaling) echter een standaardkarakter heeft, dan mogen de individuele partijen daar niet van afwijken, ook niet in voor de werknemer positieve zin. Afwijkingen van de cao worden door de rechters streng getoetst, vooral wanneer zowel de werkgever als de werknemer door lidmaatschap gebonden zijn aan de cao. Dit geldt ook in situaties waarin afwijkingen gunstig zijn voor de werknemer. In de jurisprudentie is namelijk uitgemaakt dat alle cao-bepalingen op zichzelf staan en dat individuele partijen niet in negatieve zin van deze bepalingen mogen afwijken, ook wanneer de werknemer op een ander gebied gecompenseerd wordt en het totaal

4 Er zijn nog een aantal situaties waarin de werkgever gebonden kan zijn aan de cao. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer sprake is van een overgang van onderneming of wanneer door gebruik of gewoonte de cao al werd toegepast. In dit hoofdstuk worden deze situaties verder buiten beschouwing gelaten.

5 Gebondenheid aan de avv-cao kan ook tegelijk uit de Wet CAO en uit de Wet AVV voortvloeien; men spreekt dan van een dubbele binding, Fase/Van Drongelen, p. 160.

6 Art. 9 lid 1 Wet CAO.

7 Bij de ondernemings-cao heeft de werkgever zelf de cao aangegaan en is hij daardoor uiteraard aan die cao gebonden. Voorts moet voor gebondenheid naast *lidmaatschap* ook sprake zijn van *betrokkenheid* bij de cao, wat wil zeggen dat de individuele werkgever en werknemer onder de werkingssfeer van de cao vallen. Een werknemer valt onder de werkingssfeer wanneer de cao betrekking heeft op de werkzaamheden die hij verricht. Voor het gemak wordt hier steeds uitgegaan van de situatie waarin de werknemer en de werkgever onder de werkingssfeer van de cao vallen.

8 Art. 12 lid 1 Wet CAO.

9 Art. 13 Wet CAO.

10 Zie bijv. De Schets, p. 250.

11 HR 19 juni 1987, NJ 1988, 70; HR 10 juni 2003, JAR 2003/38 (Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet).

12 A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, diss. VU 2004, p. 136.

van arbeidsvoorwaarden in feite gunstiger is voor de werknemer dan de afzonderlijke cao-bepalingen wanneer ze bij elkaar worden genomen.¹³ Er mag dus niet worden gekeken naar het 'pakket van arbeidsvoorwaarden' om te beoordelen of er in negatieve zin van een cao-bepaling is afgeweken. Elk beding moet afzonderlijk worden toegepast.¹⁴

De niet gebonden werkgevers en werknemers worden aan cao-bepalingen uit een bedrijfstak- of sector-cao gebonden wanneer deze bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard. De 'kernrechtsgevolgen' zijn bij de Wet AVV dezelfde: elk beding tussen de werkgever en de werknemer, strijdig met algemeen verbindend verklaarde bepalingen, is nietig en in plaats van een dergelijk beding gelden de avv-bepalingen.¹⁵ Deze wettelijke doorwerking op grond van de Wet AVV is echter niet precies dezelfde als de doorwerking op grond van de Wet CAO, hoewel de bepalingen uit de twee wetten soms gelijk luiden.¹⁶ De arbeidsvoorwaarden uit de avv-cao gaan niet op dezelfde manier deel uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomsten als dat bij Wet CAO het geval is. De verbindend verklaarde cao-bepalingen gelden namelijk alleen zolang door de minister is bepaald. Ze zijn daarna uitgewerkt.¹⁷ Degenen die alleen op basis van de Wet AVV gebonden waren, vallen terug op de door hen zelf overeengekomen arbeidsvoorwaarden.

Om aan de bepalingen uit een cao zulke verstrekkende gevolgen te verbinden ten aanzien van werkgevers en werknemer die geen lid zijn van verenigingen die cao's afsluiten – of lid zijn van een vereniging die juist niet bij de betreffende cao betrokken is – is eerst een daad van wetgeving nodig. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) heeft de bevoegdheid cao-bepalingen algemeen verbindend te verklaren.¹⁸ Wanneer de cao-bepalingen echter niet algemeen verbindend zijn verklaard, is voor de gebondenheid het lidmaatschap doorslaggevend. Door lid te worden van een cao-partij hebben deze werkgevers en werknemers een (groot) deel van hun individuele contractsvrijheid overgedragen aan de cao-partijen.

De Wet CAO bevat voor de gebonden werkgever in artikel 14 echter ook een verplichting om tijdens de duur van de cao de bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten, welke hij aangaat met niet of anders georganiseerde werknemers, die zelf dus niet door lidmaatschap gebonden

13 HR 14 januari 2000, NJ 2000, 273, JAR 2000/43 (Boonen/Quicken).

14 In de literatuur is men kritisch over deze benadering. Zie hierover bijv. Jacobs 2005, p. 115. Stege benadrukt overigens dat deze regel alleen van toepassing is in het geval dat de werkgever en werknemer op grond van art. 9 Wet CAO aan de cao gebonden zijn. Als zij niet op die grond aan de cao gebonden zijn, maar bijvoorbeeld op grond van het incorporatiebeding, dan mogen ze wel in de individuele arbeidsovereenkomst van de cao afwijken, zie A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, diss. VU 2004, p. 141.

15 Art. 3 lid 1 Wet AVV.

16 Vlg. R.M. Beltzer en R. de Bock, 'Nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen in de 21e eeuw: iets, niets of geheel?', in *De toekomst van het cao-recht*, p. 129.

17 Fase/Van Drongelen, p. 166.

18 Art. 2 lid 1 Wet AVV. De minister heeft die bevoegdheid wanneer de cao-bepalingen reeds in het land of een gedeelte van het land voor een – naar zijn oordeel belangrijke – meerderheid van de in een bedrijfstak of sector werkzame personen gelden.

zijn.¹⁹ Dit artikel 14 van de Wet CAO is een merkwaardig artikel. De werking van de cao strekt zich daarmee in principe ook uit tot *niet-leden*.²⁰ Dat zou echter niet stroken met de aard van de cao als overeenkomst. Daarom wordt deze verplichting van de gebonden werkgever om de cao ook jegens de ongeorganiseerde werknemers na te komen – en in de wet staat expliciet ‘na te komen’ – in de literatuur uitgelegd als de verplichting om aan de ongeorganiseerde werknemer de arbeidsvoorwaarden van de cao *aan te bieden*.²¹ De ongeorganiseerde werknemer hoeft deze echter niet te aanvaarden; hij is immers op grond van de wet niet aan de cao gebonden. Een en ander heeft als gevolg dat de individuele arbeidsovereenkomst tussen een gebonden werkgever en een ongeorganiseerde werknemer wel met de cao strijdige afspraken mag bevatten.

Dit kan resulteren in een situatie waarin sommige arbeidsvoorwaarden uit de cao wel worden toegepast, maar andere weer niet. In dat geval moeten zowel de gebonden werkgever als de ongeorganiseerde werknemer ermee instemmen dat ze op onderdelen van de cao afwijken. De gebonden werkgever moet om te beginnen de toepassing van de hele cao ‘als een pakket’ aan de werknemer aanbieden.²² Die werknemer kan vervolgens niet daaruit alleen de arbeidsvoorwaarden aanvaarden die hij wenst. Als hij op onderdelen andere arbeidsvoorwaarden wil (behouden), dan kan dat alleen als de werkgever daarmee akkoord gaat. Hij mag echter wel zelfstandig de toepassing van de hele cao weigeren. De arbeidsvoorwaarden die hij vóór de cao had blijven dan gelden. Zijn arbeidsovereenkomst wordt dus niet automatisch naar de cao ‘gemodelleerd’. Steeds zal de werkgever toestemming van de werknemer nodig hebben om de arbeidsvoorwaarden van de ongeorganiseerde werknemer ‘in overeenstemming te brengen’ met de cao.

De ingewikkelde werking van artikel 14 van de Wet CAO gaat nog verder. Het artikel brengt namelijk alleen een bepaalde verplichting voor de gebonden werkgever mee, het brengt geen rechten (of zoals reeds uitgelegd, verplichtingen) voor de ongeorganiseerde werknemers mee. De ongeorganiseerde werknemer kan zijn werkgever niet dwingen hem een aanbod overeenkomstig de cao te doen noch kan hij nakoming van de cao-bepalingen vorderen. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de ongeorganiseerde werknemer niet met een beroep op de Wet CAO de werkgever aan zijn verplichting kan houden.²³ Alleen cao-partijen kunnen zoiets doen. De ongeorganiseerde werknemer komt dus geen beroep op dit artikel toe, ook al vloeit er een verplichting voor zijn werkgever uit om hem wat de cao-arbeidsvoorwaarden betreft niet anders te behandelen dan de leden van de vakbond.

19 In de cao zelf kan echter anders worden bepaald; art. 14 Wet CAO is driekwart dwingend.

20 Hier wordt verder voor het gemak steeds de term ‘ongeorganiseerde werknemer’ gebruikt, terwijl het ook een wel georganiseerde werknemer kan betreffen, die lid is van een vakbond die niet de betreffende cao heeft ondertekend.

21 Zie bijv. Fase/Van Drongelen, p. 94; De Schets, p. 254.

22 Fase/Van Drongelen, p. 97.

23 HR 7 juni 1957, NJ 1957/527 (Suk/Brittannia).

Hoe waardevol de cao wordt gevonden door Nederlandse werkgevers blijkt uit het feit dat veel gebonden werkgevers – en de meeste werkgevers zijn aan een cao gebonden²⁴ – zich ten aanzien van de individuele werknemers (ook) contractueel verbinden de cao toe te passen.²⁵ Door een zogenoemd *incorporatiebeding* in de individuele arbeidsovereenkomst op te nemen, worden de cao-bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomst ‘ingecorporeerd’. De werknemer is dan aan de bepalingen uit de cao gebonden. Indien het incorporatiebeding ruim (of ‘dynamisch’) is geformuleerd – doordat bijvoorbeeld is bepaald dat op de arbeidsovereenkomst de cao van toepassing is waaraan de werkgever gebonden is – dan is de werknemer ook aan toekomstige cao’s gebonden. De binding aan de cao is dan echter *ex contractu*: het is in de arbeidsovereenkomst zelf bepaald.²⁶ Ook wanneer niet schriftelijk, maar bijvoorbeeld mondeling of stilzwijgend, is overeengekomen dat de cao van toepassing is, kan gesproken worden van een contractuele werking van de cao. De gebonden werkgever heeft bijvoorbeeld de arbeidsvoorwaarden uit de cao steeds op de arbeidsovereenkomst van de ongeorganiseerde werknemer toegepast en deze heeft zich daartegen niet verzet. In dit geval kan echter niet altijd gezegd worden dat de werknemer daarmee ook toekomstige cao’s heeft geaccepteerd.²⁷

7.3 Gebondenheid aan een sociaal plan²⁸

Werkzekerheidsafspraken kunnen ook in een sociaal plan zijn opgenomen in plaats van in een cao. Het sociaal plan wordt in de literatuur meestal dusdanig behandeld dat de daarin opgenomen afvloeiingsregelingen in het kader van het collectief ontslag centraal staan.²⁹ Financiële vergoedingen en ontslagcriteria zijn echter niet het enige onderwerp van sociale plannen. Ook werkzekerheidsaspecten, zoals scholing, interne herplaatsing en outplacement, kunnen aan bod komen in sociale plannen.³⁰ Het is om die reden belangrijk in dit hoofdstuk apart stil te staan bij het sociaal plan. Hoewel een sociaal plan ook een collectieve regeling is, zijn de rechtgevolgen ervan niet altijd dezelfde. Daarbij komt dat een sociaal plan vaak

24 Tussen de 50 en 80% van de Nederlandse werkgevers is georganiseerd, zie TNO, *Werkgevers Enquête Arbeid (WEA) 2010*, 2011.

25 Zowel de werkgever als de werknemer stemmen met het incorporatiebeding in, maar men kan ervan uitgaan dat de werkgever meestal eenzijdig bepaalt dat de cao wordt toegepast en een werknemer die daarmee niet instemt niet aanneemt, zie bijv. A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, diss. UvA 2008, p. 263.

26 Jacobs 2005, p. 129.

27 Over dit punt bestaat geen eenduidige jurisprudentie. Dit wordt hieronder nader toegelicht.

28 Werkgevers en vakbonden sluiten niet alleen cao’s, maar ook sociale plannen. Een sociaal plan kan echter ook eenzijdig door de werkgever of in overleg met de ondernemingsraad zijn vastgesteld, zie C.J. Loonstra, ‘Collectieve afvloeiingsregelingen: het sociaal plan’, in F.B.J. Grapperhaus e.a. *Afvloeiingsregelingen*, Kluwer: Deventer, 2004, p. 288. In dit hoofdstuk gaat het enkel om het sociaal plan als resultaat van de onderhandelingen tussen een werkgever en een of meer vakbonden.

29 Zie bijv. J.M. van Slooten, ‘De aard en werking van het sociaal plan’, *SR* 1995, p. 362-367.

30 Zie bijv. C.J. Loonstra, ‘Collectieve afvloeiingsregelingen: het sociaal plan’, in F.B.J. Grapperhaus e.a. *Afvloeiingsregelingen*, Kluwer: Deventer, 2004, p. 292-293.

een maximum- of standaardkarakter heeft. Dit betekent dat ten aanzien van de werknemers geen gunstigere overeenkomsten kunnen worden gemaakt, anders dan wat meestal bij cao-bepalingen het geval is.

Het sociaal plan kent geen expliciete wettelijke regeling. In juridisch opzicht bestaat er nog onduidelijkheid over het sociaal plan als rechtsfiguur.³¹ De eerste vraag die beantwoord moet worden waar het gaat om de binding van de individuele werknemers aan een sociaal plan is of het sociaal plan een cao is. In dat geval is het bovenstaande over de rechtsgevolgen van de cao van toepassing. Als een sociaal plan geen cao is, is de juridische binding van de werknemer aan dit plan – vanwege het ontbreken van de doorwerkingsbepalingen in de Wet op de CAO – ‘minder hecht’ dan wanneer een sociaal plan wel een cao is.³² De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een sociaal plan een cao in de zin van Wet CAO *kan* zijn.³³ Wanneer een sociaal plan een cao is en wanneer niet, is een vraag die de Hoge Raad niet heeft beantwoord. Aangenomen wordt dat om een cao te kunnen zijn, het sociaal plan onder meer aangemeld moet zijn bij de minister van SZW, conform artikel 4, derde lid van de Wet op de Loonvorming (WLV).³⁴ Ten aanzien van de inhoud van het sociaal plan worden in dat geval door de meeste schrijvers weinig voorwaarden gesteld. De omschrijving van de cao in artikel 1, eerste lid van de Wet CAO laat deze ruime interpretatie toe.³⁵ Loonstra bijvoorbeeld legt het gedeelte ‘arbeidsvoorwaarden (...) bij arbeidsovereenkomst in acht te nemen’ echter zo uit dat het moet gaan om arbeidsvoorwaarden die tijdens de loop van een arbeidsovereenkomst moeten gelden. Een sociaal plan met enkel arbeidsvoorwaarden die bij het beëindigen van arbeidsovereenkomsten moeten gelden, valt hier volgens hem niet onder. Een sociaal plan moet volgens hem meer inhouden dan ‘vertrekpremies’ en criteria voor ontslag om een cao te zijn. Is het sociaal plan echter meer gericht op doorstroom dan op ontslag, dan kan het een cao zijn.³⁶ Bij werkzekerheidsafspraken zal het gaan om (het begeleiden van) transitities binnen of buiten het bedrijf, eerder dan enkel om ontslag, wat betekent dat bij sociale plannen met werkzekerheidsafspraken de inhoud geen obstakel hoeft te zijn om ze als cao’s te beschouwen.

7.4 Gedwongen transitities

Bij reorganisaties, sluiting van (delen van) de onderneming, fusies, maar ook bijvoorbeeld bij een verhuizing van een onderneming naar een ander deel van het land, zal

31 Ibid, p. 287.

32 C.J. Loonstra, ‘Het sociaal plan: de mist is nog lang niet opgetrokken’, *ArA* 2002/3, p. 48.

33 HR 20 maart 1998, *JAR* 1998/127 (Grady/Stogon).

34 Dit volgt uit HR 13 april 2001, *JAR* 2001/82 (Duzgun). Elke cao moet immers bij de minister aangemeld worden om de rechtsgevolgen van de Wet CAO te hebben. Anders blijft het een ‘gewone’ overeenkomst. Loonstra is echter van mening dat ook een niet aangemeld sociaal plan een cao is, maar dat de rechtsgevolgen van de Wet CAO in dat geval niet intreden. Zie C.J. Loonstra, ‘Het sociaal plan: de mist is nog lang niet opgetrokken’, *ArA* 2002/3, p. 52. Voor het gebondenheidsvraagstuk heeft deze constatering dus geen andere gevolgen dan wanneer het niet aangeelde plan geen cao zou zijn.

35 Zie hierover hoofdstuk 5.

36 C.J. Loonstra, ‘Collectieve afvloeiingsregelingen: het sociaal plan’, in F.B.J. Grapperhaus e.a. *Afvloeiingsregelingen*, Kluwer: Deventer, 2004, p. 309-312.

het vaak voorkomen dat het nodig is dat het personeel of een deel daarvan overgeplaatst of herplaatst wordt binnen of buiten de onderneming. Vooral bij reorganisaties komt het voor dat sommige werknemers een andere functie moeten gaan uitoefenen. Ook in het kader van werkzekerheid kunnen cao-partijen ernaar streven om bij cao regelingen te treffen die de (overtollige) werknemer kunnen helpen om naar een andere baan over te stappen en niet werkloos te worden. Hier worden deze her- of overplaatsingen of overstappen van de ene naar de andere baan of functie geduid als *transities* die de werknemers maken en de cao-bepalingen (of bepalingen in een sociaal plan) die die transitie regelen, *transitiebepalingen* of *transitieafspraken*. In hoofdstuk 6 zijn een aantal voorbeelden van transitieafspraken in cao's weergegeven, zoals ze in recente cao voorkomen. Veel transities die in cao's geregeld zijn, dragen een vrijwillig karakter. De werknemer kan zelf bepalen of hij aan een bepaalde regeling mee wil doen. Als hij van de regeling gebruik wil maken, dan dient hij zich meestal ook aan de verplichtingen te houden die uit de betreffende bepalingen voortvloeien. Een transitiebepaling kan echter voor een groep van werknemers – meestal de overtoollige werknemers – verplicht zijn gesteld, in die zin dat de werkgever gerechtigd is een ontslagprocedure in gang te zetten indien de werknemer geen gebruik wil maken van de regeling of zich niet houdt aan de verplichtingen die daaruit voortvloeien. In dat kader wordt hier gesproken van *gedwongen transities*. De vraag is of werknemers bij cao gebonden kunnen worden aan dit soort transitiebepalingen.

Zoals boven is uiteengezet, is een werknemer, die lid is van een werknemersorganisatie die partij was bij de cao, ex artikel 9 en 12-13 Wet CAO aan de voorwaarden uit die cao gebonden, aangezien die voorwaarden rechtstreeks doorwerken in zijn individuele arbeidsovereenkomst. De georganiseerde werknemer kan zich dus niet aan de transitie-bepalingen onttrekken. Hij kan uiteraard proberen betere of andere afspraken te maken met zijn werkgever indien de betreffende bepalingen een minimumkarakter dragen. De werkgever kan hem echter houden aan hetgeen in de cao is bepaald.³⁷

In veel, zo niet de meeste, gevallen zal de werknemer echter niet georganiseerd zijn. Zoals eerder toegelicht is de werkgever op grond van artikel 14 Wet CAO toch verplicht het in de cao bepaalde ook op deze ongeorganiseerde of anders georganiseerde werknemers toe te passen. Deze wettelijke verplichting brengt voor de werkgever mee dat hij de 'transitie-arrangementen' ook aan de ongeorganiseerde werknemer moet *aanbieden*, wanneer die werknemer bijvoorbeeld op basis van zijn functie tot de groep werknemers hoort voor wie de arrangementen bedoeld zijn. De vraag is echter of deze werknemer ook gehouden is mee te werken aan bijvoorbeeld de beoogde overplaatsing in of buiten het bedrijf.³⁸ In het geval dat in de individuele arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk was bepaald dat de cao van toepassing is, dan

37 Dikwijls wordt een (geschillen)commissie ingesteld waartoe de werknemer zich kan wenden wanneer hij van mening is dat een bepaalde voorziening in zijn situatie niet passend is.

38 In dit hoofdstuk wordt uitgegaan van geschillenbeslechting door de rechter en niet door een geschillencommissie.

is de betreffende werknemer gehouden deel te nemen aan de transities zoals ze in de cao zijn geregeld, ook wanneer hij van mening is dat die regeling voor hem ongunstig is. Dat is althans de meerderheidsopvatting in de literatuur.³⁹ Men is van mening dat deze ongeorganiseerde werknemers immers de lusten van de cao genieten; zij moeten in dat geval ook de lasten dragen.⁴⁰ De werknemer die wel lid is van de vakbond zou anders in een nadelige positie staan ten opzichte van de werknemer die geen lid is, omdat de eerste wel aan de cao gebonden is. De 'ontsnappingswegen' moeten zoveel mogelijk beperkt worden, omdat anders het gevaar bestaat dat het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming (verder) uitgehold wordt.⁴¹ Dat systeem staat volgens Jaspers immers al onder druk door 'de verschijnselen van decentralisatie en versnippering van onderhandelingsstructuren en door steeds verdergaande individualisering van arbeidsvoorwaardenarrangementen'.⁴²

Ook de rechtspraak zal de werknemer die eerder ingestemd heeft met de toepassing van de cao, bijvoorbeeld door een incorporatiebeding te ondertekenen, houden aan de arbeidsvoorwaarden die voor hem uit die cao voortvloeien, ook wanneer hij meent dat deze voor hem ongunstiger zijn dan wat uit de wet zou volgen. Cao's kunnen arbeidsvoorwaarden bevatten die in negatieve zin afwijken van datgene wat in de wet is bepaald, wanneer in de wet deze afwijking bij cao is toegestaan. De Hoge Raad heeft ook ten aanzien van deze cao-bepalingen waarin van de driekwart dwingende wettelijke regels is afgeweken geen onderscheid willen maken tussen de georganiseerde en de ongeorganiseerde werknemers. In het bekende Bollemeijer-arrest heeft de Hoge Raad in algemene bewoordingen te kennen gegeven dat aangenomen moet worden 'dat in de bescherming van de werknemer, die is beoogd met het dwingend-rechtelijke karakter van de desbetreffende wetsbepaling, is voorzien doordat de vakorganisaties bij de totstandkoming van de CAO betrokken zijn geweest'.⁴³ De Hoge Raad besteedt daarbij geen aandacht aan de vraag of de werknemer lid is van de vakbond. De werknemer heeft zich op een andere manier 'verbonden aan de cao': hij heeft de arbeidsovereenkomst ondertekend waarin verwezen wordt naar de cao. De Hoge Raad hanteert in het genoemde arrest niet alleen een ruime uitleg van het systeem van driekwartdwingend recht, maar ook een ruime uitleg van het in een individuele overeenkomst verwijzen naar een cao. In dit geval werd namelijk geoorloofd geacht dat alleen bij het verlengen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werd verwezen naar de betreffende cao – die daartoe meer ruimte bood –, terwijl voor het overige de cao niet op de werknemer werd toegepast.

39 Zie bijv. C.J. Loonstra, 'Collectieve afvloeiingsregelingen: het sociaal plan', in F.B.J. Grapperhaus e.a. *Afvloeiingsregelingen*, Kluwer: Deventer, 2004; G. Hekkelman, 'De positie van de arbeiders, bedoeld art. 14 van de wet op de C.A.O.', *SMA* 1979, p. 215-229.

40 Zie bijv. C.J. Loonstra, 'Collectieve afvloeiingsregelingen: het sociaal plan', in F.B.J. Grapperhaus e.a. *Afvloeiingsregelingen*, Kluwer: Deventer, 2004, p. 320-321.

41 T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?' *ArA* 2008, nr. 1, p. 41.

42 Ibid, p. 41-42.

43 HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 (TPG/Bollemeijer), r.o. 3.3. Zie voor een bespreking van de literatuur naar aanleiding van dit arrest, bijv. E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, diss. UvA 2007 p. 68-79.

Als de werknemer en de werkgever *niet* al eerder overeengekomen waren dat de cao van toepassing is, kan werkgever de transitiebepalingen alleen op de werknemer toepassen indien de werknemer daarmee instemt. De werkgever kan dus een aanbod doen om de werknemer volgens de voorwaarden in de cao over te plaatsen naar een andere functie, maar de werknemer is in principe vrij om al dan niet op het aanbod in te gaan. Toch moet deze vrijheid die de ongeorganiseerde werknemer op basis van ons contractuele stelsel toekomt enigszins genuanceerd worden. De werkgever kan het aanbod om de cao toe te passen namelijk ook presenteren als een (redelijk) voorstel om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen. De Hoge Raad heeft namelijk artikel 7:611 BW (goed werknemerschap) zo uitgelegd dat van een werknemer verwacht wordt dat hij 'positief ingaat' op redelijke voorstellen van de werkgever tot wijziging van arbeidsvoorwaarden, wanneer sprake is van een gewijzigde situatie op het werk.⁴⁴ Nu zal een wijziging van kerntaken niet snel als een redelijk voorstel gekwalificeerd worden.⁴⁵ Wanneer de werkgever echter kan aantonen dat de reorganisatie en een andere functieverdeling noodzakelijk zijn en de transitie-regeling zo is ingericht dat de nadelige gevolgen ervan, zoals een lager loon, zoveel mogelijk worden verzacht, wat meestal het geval is bij collectieve regelingen, dan zal het voorstel eerder als redelijk worden gezien.⁴⁶ Ook zal het voorstel in beginsel redelijk zijn wanneer de transitie-regeling ingekaderd is in een 'leeftijd bewust personeels-beleid' en de oudere werknemer niet langer goed functioneert binnen zijn eigen functie. De omstandigheden die tot de wijziging nopen vallen dan in de risicosfeer van de werknemer, wat een extra argument is voor de redelijkheid van het 'transitievoorstel'. Bovendien zal de rechter veel waarde hechten aan het feit dat bij de totstandkoming van de regeling vakbonden betrokken waren.

Het hierboven beschreven mechanisme dat de werknemer als het ware dwingt om akkoord te gaan met de transitie naar een andere functie binnen de organisatie of een andere baan bij een andere werkgever is geheel een 'arbeidsrechtelijk mechanisme'. Daar komt nog een ander mechanisme bij, namelijk dat van de sociale zekerheid. De Werkloosheidswet is zo ingericht dat daaruit voor de werknemer al verplichtingen voortvloeien wanneer nog geen sprake is van werkloosheid.⁴⁷ Het weigeren om passende arbeid⁴⁸ te behouden wordt gezien als een weigering om het eigen werk voort te zetten en dus als *verwijtbare werkloosheid*, wat gesanctioneerd kan worden met een blijvende weigering van de werkloosheidsuitkering.⁴⁹ Een werknemer die weigert deel te nemen aan een 'transitie-traject' zoals in de cao bepaald, wat tot zijn ontslag leidt, loopt een (grote) kans dat hem de werkloosheidsuitkering wordt

44 HR 26 juni 1998, JAR 1998/199 (Taxi Hofman); HR 11 juli 2008, JAR 2008/204 (Stoof/Mammoet). Zie verder ook hieronder.

45 Zie bijv. Hof Arnhem 27 juni 2006, JAR 2006/239.

46 M.J.A.C. Driessen en N. Gundt, 'Gevaarlijke crisismix: Wijziging van de arbeidsovereenkomst en verwijtbare werkloosheid', TRA 2013/66.

47 Ibid.

48 Passende arbeid is in art. 24 lid 3 WW omschreven. Materieel gezien is het begrip passende arbeid in het arbeidsrecht en de sociale zekerheid hetzelfde, zie M.J.A.C. Driessen en N. Gundt, 'Gevaarlijke crisismix: Wijziging van de arbeidsovereenkomst en verwijtbare werkloosheid', TRA 2013/66.

49 Zie art. 24 lid 1 onder b ten 3^e jo. lid 7 WW.

geweigerd, omdat hij volgens de WW-systematiek verwijtbaar werkloos is geworden.⁵⁰

Gedwongen transities in een sociaal plan

Bij reorganisaties op ondernemingsniveau zal in veel gevallen (ook) een sociaal plan worden vastgesteld. Wanneer over transities (overplaatsing of outplacement) reeds iets in de toepasselijke cao is geregeld, dan zullen de betreffende cao-bepalingen meestal het uitgangspunt vormen voor verdere onderhandelingen over een sociaal plan. Wanneer in de toepasselijke cao hierover niets is geregeld dan moet bij het overleg over een sociaal plan hierover voor het eerst worden onderhandeld. De transitiebepalingen in een sociaal plan hebben veelal een 'dwingend' karakter voor de groep werknemers waarvoor ze bedoeld zijn, meestal de overtollige werknemers. De urgentie van de transitie is dan meestal groter dan wanneer in een reguliere cao iets over transities is geregeld. De gebondenheid van de werknemers aan een sociaal plan is, zoals eerder uitgelegd, echter iets gecompliceerder dan de gebondenheid aan de cao. Zoals gezegd, kan een sociaal plan een cao zijn. Wanneer het sociaal plan een cao is, zullen in principe dezelfde regels van gebondenheid gelden als bij de cao.⁵¹ Wanneer het sociaal plan *niet* een cao is, omdat het bijvoorbeeld niet is aangemeld bij het ministerie van SZW, is de situatie anders. Zo zullen weinig individuele arbeids-overeenkomsten een incorporatiebeding bevatten dat ziet op toepasselijkheid van het sociaal plan.⁵²

Het komt regelmatig voor dat een werknemer zich niet neerlegt bij hetgeen in het sociaal plan is opgenomen.⁵³ Indien het tot een rechterlijke procedure komt, zal de rechter in de meeste gevallen toch op een of andere manier aansluiting zoeken bij het sociaal plan. Niet zelden heeft een sociaal plan betrekking op *financiële vergoedingen* voor boventallige werknemers. De meeste jurisprudentie op dit gebied gaat tot nu toe over de vraag of de individuele werknemers gebonden zijn aan de in het sociaal plan neergelegde vergoeding bij ontslag. De betreffende werknemers willen meestal dat hun (schade)vergoeding 'los' van het sociaal plan wordt berekend, bijvoorbeeld in het kader van een 685-procedure (ontbinding door de kantonrechter) of 681-procedure (kennelijk onredelijk ontslag), omdat zij denken dat de vergoeding dan hoger zal zijn.⁵⁴

Wat de ontbindingsprocedure betreft, is in de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters opgenomen dat de kantonrechter in geval van een ontbinding wegens een reorganisatie een vergoeding zal toekennen *overeenkomstig het sociaal plan*, mits dat plan schriftelijk overeengekomen is door de werkgever met tot de cao

50 De blijvende weigering van de uitkering kan worden gemitigeerd, zie art. 27 lid 1 WW.

51 Sommige rechters oordelen echter dat de systematiek van de Wet CAO niet *altijd* leidend is, zie hieronder.

52 Zie bijv. Ktr. Utrecht 3 januari 2012, JAR 2012/47.

53 Doorgaans zal het sociaal plan een hardheidsclausule bevatten, die in individuele gevallen enige speelruimte biedt om tot een bevredigende oplossing te komen. De werknemer kan zich dan wenden tot een toetsingscommissie met een beroep op de clausule.

54 Vlg. W.A. Zondag, 'Actuele rechtspraak inzake de CAO', O&F nr. 64, nov. 2004, p. 16.

onderhandelingen in de sector toegelaten dan wel anderszins voldoende representatieve vakorganisaties.⁵⁵ De rechter zal daar alleen van afzien wanneer onverkorte toepassing ervan leidt tot een *evident onbillijke* uitkomst voor de betrokken werknemer.⁵⁶ Van een evident onbillijke uitkomst is bijvoorbeeld sprake wanneer blijkt dat in het sociaal plan niet of nauwelijks rekening is gehouden met de specifieke situatie waarin de werknemer verkeert, bijvoorbeeld met een zeer lang dienstverband of met een handicap van de werknemer. De positie van de werknemer moet bijzonder zijn ten opzichte van de positie van de rest van de werknemers voor wie het sociaal plan is opgesteld, waarnaast moet blijken dat de partijen bij het sociaal plan zich onvoldoende rekenschap hebben gegeven van de bijzondere positie van deze werknemer.

Wat de kennelijk onredelijk ontslagprocedure betreft, heeft de Hoge Raad in 2002 geoordeeld dat bij de beantwoording van de vraag of een in het kader van een reorganisatie gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, het feit dat de voor de werknemer getroffen voorziening in overeenstemming is met het sociaal plan, een *aanwijzing* vormt dat die voorziening toereikend is, zij het dat de rechter zich niet kan onttrekken aan een beoordeling van de redelijkheid van de voorziening als die wordt betwist.⁵⁷ Een sociaal plan dat met een representatieve vakorganisatie is gesloten zal dus voor de rechter zeker niet zonder betekenis zijn, ook als de individuele werknemer niet (op grond van het cao-recht of de arbeidsovereenkomst) gebonden is. Het enkele feit dat de voor de werknemer getroffen voorziening in overeenstemming is met het sociaal plan vormt voor de rechter een aanwijzing dat die voorziening toereikend is. De rechter zal wel de redelijkheid van de voorziening beoordelen als die wordt betwist. In specifieke gevallen kan de rechter oordelen dat de voorzieningen die uit het sociaal plan volgen niet voldoende zijn, wanneer de werknemer bijvoorbeeld lichamelijke beperkingen heeft⁵⁸ of wanneer sprake is van hoge leeftijd en een eenzijdige werkervaring.⁵⁹ De werknemer zal echter steeds moeten aantonen dat de voorzieningen die uit het sociale plan voortvloeien in zijn specifieke geval evident onbillijk uitpakken.⁶⁰ De rechter kan daarbij ook de redelijkheid van het sociaal plan op zichzelf beoordelen en niet alleen de toepassing van het plan op de werknemer in kwestie. Dit is dus een 'ruimere' toetsing dan de Kring van de Kantonrechters aanbeveelt.⁶¹

Wanneer de rechter (de toepassing van) het sociaal plan evident onbillijk dan wel kennelijk onredelijk zal achten, kan echter niet op voorhand worden gezegd. Dat zal in de eerste plaats van de concrete omstandigheden afhangen. Daarnaast moet

55 De Kring van Kantonrechters maakt hierbij gebruik van de criteria die in de rechtspraak zijn ontwikkeld op het terrein van de toelating tot cao-overleg. Een vakorganisatie wordt in ieder geval (evident) voldoende representatief beschouwd in het geval zij respectievelijk bijna 25% en meer dan 20% van het personeel vertegenwoordigt.

56 Aanbeveling 3.7, zoals laatstelijk gewijzigd op 30 oktober 2008.

57 HR 14 juni 2002 (Bulut/Troost), NJ 2003, 324; JAR 2002/165. NB Dit is alleen het geval wanneer het sociaal plan geen cao is.

58 HR 11 maart 2011, JAR 2011/91.

59 Hof Amsterdam 28 juni 2011, LJN BR4439, RAR 2011/146.

60 Zie bijv. Ktr. Utrecht 3 januari 2012, JAR 2012/4.

61 Vlg. C.J. Loonstra, 'Het sociaal plan: de mist is nog lang niet opgetrokken', ArA 2002/3, p. 54-55.

vastgesteld worden dat bij de toetsing van het sociale plan door de rechter nog veel onduidelijk is.⁶² Zo is het bijvoorbeeld (nog) niet duidelijk of de rechter de redelijkheid van het sociale plan slechts marginaal of vol moet toetsten.⁶³ Daarnaast verschilt men in de literatuur nog van mening of andere toetsingscriteria gelden wanneer het sociaal plan als een cao wordt aangemerkt.⁶⁴ Wat deze laatste vraag betreft is er ook geen lijn te ontdekken in de (lagere) rechtspraak.⁶⁵ Sommige kantonrechters nemen het sociaal plan als uitgangspunt, zonder betekenis te (willen) toekennen aan de Wet CAO. Zij kijken niet naar de gebondenheid van de werknemer, of naar de mate van representativiteit van de bij het sociaal plan betrokken vakbonden.⁶⁶ Andere rechters toetsen eerst of het sociaal plan gelijk te stellen is aan een cao, om vervolgens te onderzoeken of de werknemer in kwestie gebonden is.⁶⁷ Deze laatste manier sluit beter bij de systematiek van de Wet CAO aan.

Ondanks deze onduidelijkheden omtrent het sociaal plan, kan geconcludeerd worden dat de kans groot is dat de rechter hetgeen in een sociaal plan is opgenomen een belangrijke rol zal laten spelen bij zijn afwegingen. In het algemeen is de rechter geneigd de vergoeding conform het sociaal plan redelijk te achten vooral wanneer het sociaal plan met voldoende representatieve vakorganisaties is gesloten. Dit wil echter nog niet zeggen dat de werknemer *gebonden* is aan dat sociaal plan. De ongeorganiseerde werknemer wordt hierdoor echter wel min of meer gedwongen zich aan een sociaal plan te conformeren. Dit geldt ook voor de eventuele daarin opgenomen transitieregeling, die in zijn situatie als eerste maatregel getroffen moet worden. Weigert hij aan dit 'transitietraject' mee te doen, dan is de kans groot dat de werkgever een ontslagprocedure start waarbij hij geen of een zeer lage (schade) vergoeding krijgt. Het feit dat de werkgever in overleg met de bonden een sociaal plan heeft opgesteld waarin alternatieven voor ontslag zijn opgenomen, zoals outplacement- of scholingstrajecten, zal gezien worden als een maatschappelijk (zeer) wenselijke actie. Alleen indien de werknemer in een bijzondere positie verkeert ten opzichte van zijn collega's en hij kan aannemelijk maken dat de werkgever en de bonden zich onvoldoende rekenschap hebben gegeven van zijn bijzondere positie, dan kan de

62 Zie hierover meer gedetailleerd o.a. C.J. Loonstra, 'Het sociaal plan: de mist is nog lang niet opgetrokken', *ArA* 2002/3, p. 41-56.

63 Onduidelijk is ook of een sociaal plan een vaststellingsovereenkomst kan zijn waarmee kan worden afgeweken van het dwingendrechtelijke artikel 7:681 BW, zie bijv. Zondag 2004, p. 19.

64 Loonstra beantwoordt deze vraag bevestigend: 'naarmate de individuele binding van een werknemer aan een sociaal plan minder hecht is, heeft de rechter ex artikel 7:681 BW of artikel 7:685 BW meer ruimte om op basis van zijn discretionaire bevoegdheid de hoogte van de (schade) vergoeding, los van de inhoud van het sociaal plan, vast te stellen. Zie C.J. Loonstra, 'Het sociaal plan: de mist is nog lang niet opgetrokken', *ArA* 2002/3, p. 48.

65 Vlg. o.a. L.H. van der Kar, 'Het sociaal plan: ook voor ongebonden werknemers?' *ArbeidsRecht* 2012/24.

66 Zie bijv. Ktr. Utrecht 3 januari 2012, *JAR* 2012/47 m.nt. Koot-van der Putte. Deze kantonrechter kijkt of het sociaal plan 'legitiem' is. Daarbij kan volgens hem volstaan worden met de vaststelling dat is voldaan aan de vereisten van de Wet Melding Collectief Ontslag (WMCO), d.w.z. dat raadpleging van de werknemersverenigingen heeft plaatsgevonden. De WMCO stelt geen cijfermatige representativiteitseisen aan de werknemersvereniging.

67 Bijv. Ktr. Amsterdam 25 augustus 2008, *JAR* 2008/26; Ktr. Utrecht 13 februari 2008, *JAR* 2008/84.

rechter oordelen dat de toepassing van het sociaal plan in zijn geval onbillijk dan wel onredelijk is. In alle andere gevallen zal de rechter in beginsel oordelen dat hetgeen de werkgever op grond van het sociaal plan voorgesteld had, redelijk was. Daarnaast is, zoals eerder is uitgelegd, de kans aanwezig dat de werknemer vervolgens zijn recht op een werkloosheidsuitkering niet geldend kan maken, omdat het UWV tot de conclusie komt dat hij verwijtbaar werkloos is. Deze redenen leiden tot de conclusie dat de druk op de werknemer om de maatregelen uit het sociaal plan te aanvaarden (zeer) groot te noemen is.

7.5 Verslechtering van arbeidsvoorwaarden in ruil voor werkgelegenheidsgaranties

Een nieuwe cao zal voor werknemers in de meeste gevallen verbeteringen bevatten ten opzichte van de oude cao. Zo zal meestal het loon een aantal procenten stijgen. Een nieuwe cao kan echter op onderdelen slechtere arbeidsvoorwaarden inhouden dan haar voorganger. Vooral in tijden van economische neergang kan het voorkomen dat vakbonden instemmen met een verslechtering van arbeidsvoorwaarden. De in hoofdstuk 2 besproken afspraken over behoud van werkgelegenheid zijn hier een voorbeeld van. Zij gaan namelijk niet zelden gepaard met slechtere arbeidsvoorwaarden als 'tegenprestatie' voor de werkgelegenheidsgarantie.⁶⁸ De vraag is of de werkgever deze verlaging van arbeidsvoorwaarden die in de cao is afgesproken jegens alle werknemers kan afdwingen.

Voor een groot deel van de werknemers zal in principe gelden dat zij op dezelfde wijze aan toekomstige wijzigingen van de cao gebonden raken, als zij aan de voorgaande cao gebonden waren.⁶⁹ Waren de werknemers bijvoorbeeld door lidmaatschap aan de oude cao gebonden, dan zijn ze dat ook bij de nieuwe cao. De werknemers die lid zijn geworden van een vakvereniging worden geacht hun contractsvrijheid deels te hebben opgegeven en daarom dienen zij de cao te 'volgen'.⁷⁰ Wanneer de nieuwe cao echter een verslechtering van arbeidsvoorwaarden inhoudt, dan dienen toch enige nuanceringen te worden aangebracht. Het is niet zo dat wanneer een nieuwe cao minder gunstige arbeidsvoorwaarden bevat, de georganiseerde werknemers op grond van hun lidmaatschap automatisch gebonden zijn aan deze minder gunstige arbeidsvoorwaarden. De nieuwe cao-bepaling vervangt op grond van artikel 12 van de Wet CAO alleen bepalingen die *strijdig* met haar zijn. De oude cao-bepalingen zijn namelijk deel gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst; wanneer ze gunstiger zijn dan de nieuwe cao-bepalingen, dan worden ze niet automatisch door die nieuwe bepalingen opzij geschoven.⁷¹ Dat gebeurt alleen

68 Zie bijv. www.intermediair.nl/carriere/salaris/arbeidsvoorwaarden/helse-bazen-crisistijd-inleveren-ophoepelen (pagina laatst bezocht op 20 november 2013).

69 Zie bijv. A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, diss. UvA 2008, p. 265.

70 Ibid, p. 269.

71 Zie over nawerking van cao-bepalingen, bijv. Fase/Van Drongelen, p. 106-113.

als de nieuwe cao-bepalingen een *standaardkarakter* dragen.⁷² De cao-partijen zullen dus de minder gunstige arbeidsvoorwaarden als standaardbepalingen moeten vaststellen, omdat anders de oude, betere, arbeidsvoorwaarden van toepassing blijven.⁷³ Dat betekent uiteraard dat de vakbonden die de cao sluiten bereid moeten zijn om de nieuwe en slechtere cao-bepalingen een standaardkarakter te geven.⁷⁴ Indien de nieuwe cao-bepalingen minimumbepalingen zijn – en dus slechts de ondergrens bepalen –, blijven de oude, gunstigere cao-bepalingen nawerken in de individuele arbeidsovereenkomsten.⁷⁵ Ook bij algemeenverbindendverklaring van nieuwe cao-bepalingen geldt dat de werknemer zijn betere arbeidsvoorwaarden behoudt voor zover die niet strijden met de algemeen verbindend verklaarde bepalingen. Dus ook wanneer de binding aan de nieuwe cao op de Wet AVV stoelt, zullen de bepalingen die beogen minder gunstige arbeidsvoorwaarden te introduceren een standaardkarakter moeten hebben om in ieder geval *tijdens de algemeenverbindendverklaring* de oude, betere arbeidsvoorwaarden opzij te kunnen schuiven. Bij binding op grond van een incorporatiebeding geldt hetzelfde.

Wanneer de nieuwe (en slechtere) arbeidsvoorwaarden in een cao-bepaling zijn vastgelegd die een standaardkarakter draagt, zijn echter nog niet alle mogelijke hordes genomen op weg naar een toepassing van deze nieuwe arbeidsvoorwaarden op alle werknemers. De artikel 14-werknemers verdienen hier weer specifieke aandacht. Zoals eerder toegelicht, kunnen deze (ongeorganiseerde) werknemers de toepassing van de (nieuwe) cao met slechtere arbeidsvoorwaarden in principe weigeren. De werkgever is wederom gehouden hen de lagere arbeidsvoorwaarden aan te bieden, maar zij hoeven deze niet te aanvaarden. Wil de gebonden werkgever de slechtere arbeidsvoorwaarden ook op deze groep werknemers toepassen, dan zal hij eerst hun toestemming nodig hebben.⁷⁶ De ongeorganiseerde werknemers die geen incorporatiebeding hebben ondertekend (of anderszins met de toepassing van de cao hebben ingestemd) zijn dus niet gebonden aan de verslechtingen in de cao.⁷⁷ Hadden zij eerder met de toepassing van de (oude) cao wel expliciet ingestemd,

72 Zie bijv. de noot van E. Verhulp, bij HR 8 april 2011, NJ 2011/371 (Unieke Kinderopvang). Ook verschenen in JAR 2011/135.

73 A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, diss. VU 2004, p. 149-150. Zie ook HR Unieke Kinderopvang.

74 Rayer signaleert hier terecht dat dit voor de vakbonden niet een aantrekkelijke optie zal zijn. 'De verliespunten in de onderhandelingen worden zo duidelijker zichtbaar', C. Rayer, 'Nawerking van gunstigere cao bepalingen' *ArA* 2011 vol. 10, nr. 3, p. 45. Naar mijn mening is dit juist een pluspunt: versobering van arbeidsvoorwaarden kan in een individueel geval ingrijpend zijn en dient daarom juist expliciet te gebeuren.

75 Wanneer die nawerking eindigt, hangt dus af van het type nieuwe collectieve afspraken, zie Rayer 2011, p. 39. Sommige cao-partijen denken overigens hier een andere oplossing voor te hebben gevonden: ze bepalen in de nieuwe cao dat rechten en plichten voortvloeiend uit bepalingen van eerdere cao's komen te vervallen en dat de nieuwe cao, voor zover deze mindere aanspraken geeft, voorrang heeft op de voorgaande cao's. Volgens de kantonrechter in Tilburg is die gang van zaken geoorloofd. Zie Ktr. Tilburg 15 mei 2013, JAR 2013/259. Zoals Koot-van der Putte in de noot opmerkt, miskent de rechter dat de individuele arbeidsovereenkomsten reeds gemodelleerd zijn naar voorbeeld van oude cao's. Een opvolgende cao kan dat niet met terugwerkende kracht terugdraaien.

76 Zie bijv. A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, diss. VU 2004, p. 164.

77 Vlg. bijv. de conclusie van de A-G in HR 13 september 2002, JAR 2002/248 (Hus Haring).

bijvoorbeeld door middel van een incorporatiebeding, dan zijn deze werknemers eerder aan de slechtere arbeidsvoorwaarden gebonden.⁷⁸ De uitkomst wordt echter onduidelijker wanneer de artikel 14-werknemer eerder niet uitdrukkelijk, maar wel bijvoorbeeld stilzwijgend met de toepassing van de cao heeft ingestemd. De meeste schrijvers pleiten ervoor dat in dat geval de stilzwijgende overeenstemming ook betrekking heeft op daaropvolgende cao's, ook wanneer deze een verslechtering van arbeidsvoorwaarden inhouden.⁷⁹ Andere schrijvers zijn van mening dat deze werknemer een latere verslechtering kan weigeren.⁸⁰ Zoals gezegd bestaat over dit punt geen eenduidige jurisprudentie. Ik ben van mening dat de ongeorganiseerde werknemer de toepassing van de cao, die een verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden inhoudt kan weigeren, ook als hij eerder niet tegen de toepassing van de cao heeft geprotesteerd (wanneer hij dus stilzwijgend ermee had ingestemd).⁸¹

Ook wanneer echter sprake is van uitdrukkelijke instemming – bijvoorbeeld door ondertekening van een incorporatiebeding – kan de toepassing van de cao met slechtere arbeidsvoorwaarden mijns inziens 'op losse schroeven' komen te staan, wanneer de nieuwe cao gesloten is met een andere vakbond, dan die de 'oorspronkelijke' cao had ondertekend. Dit komt in de praktijk voor, niet alleen op ondernemingsniveau, maar ook op sectorniveau.⁸² Met name wanneer die andere vakbond (evident) niet representatief is, is het nog maar de vraag of het incorporatiebeding automatisch deze nieuwe cao incorporeert. Dat zal onder andere afhankelijk zijn van de vraag hoe het incorporatiebeding is geformuleerd. Waar heeft de werknemer precies mee ingestemd? Over het algemeen kan de cao op twee verschillende manieren geïncorporeerd worden: door de cao die geïncorporeerd wordt met naam te noemen of door een 'ruimere' formulering, namelijk dat de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door de cao die 'in de onderneming van de werkgever geldt', of 'waaraan de werkgever gebonden is'.⁸³ Wordt in het incorporatiebeding de cao met name genoemd en deze cao was met representatieve vakbonden gesloten, dan zal de werknemer zich aan de toepassing van de nieuwe cao vermoedelijk kunnen onttrekken 'via de band van uitleg' van het incorporatiebeding.⁸⁴ Het pleidooi van de werknemer dat hij – door een beding te tekenen waarin staat dat een bepaalde met name genoemde cao die is aangegaan door representatieve vakorganisaties van toepassing is – de bedoeling heeft gehad gebonden te willen zijn aan afspraken die

78 Vlg. J.M. van Slooten, 'Collectieve verlaging van arbeidsvoorwaarden', in R.M. Beltzer e.a., *De onderneming in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 47.

79 Zie bijv. weer Van Slooten 2006.

80 Zie bijv. A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, diss. VU 2004, p. 164.

81 De rechter oordeelt soms op die manier. Zie bijv. Rb. Amsterdam 8 februari 1984, *NJ* 1985/19 (Delta Lloyd/Sonke); Rb. Amsterdam 21 mei 1995, *JAR* 1995/162; Rb. 's-Hertogenbosch 27 april 2006, *Prg.* 2006/98.

82 Omstreeks 2005 had bijv. de Koninklijke Horeca Nederland een cao afgesloten met de Unie, terwijl de FNV Horecabond en CNV Bedrijvenbond zich uit de onderhandelingen hadden teruggetrokken, Ktr. Hilversum 1 februari 2006, *JAR* 2006/57. Zie ook recentelijk de cao voor de Verpleeg- en Verzorgingshuizen en Thuiszorg, waarbij de Abvakabo FNV niet een van de ondertekende partijen was, *Kamerstukken II*, 29282, nr. 160. Zie ook hoofdstuk 3.

83 S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's' *Arbeids-Recht* 2006/44.

84 De uitleg zal dienen te geschieden aan de hand van de Haviltex-norm, zie Sagel 2006.

door *die vakbonden* zijn gemaakt, zal vermoedelijk doel treffen. Niet alleen verschilt de nieuwe cao dan inhoudelijk sterk van de cao die de werknemer en de werkgever van toepassing hadden verklaard, maar de nieuwe cao is immers met niet-representatieve bonden gesloten, terwijl de (representatieve) bonden die bij de oude cao betrokken waren buiten de onderhandelingen zijn gehouden, dan wel de nieuwe cao niet hebben willen ondertekenen. De kans is dan aanwezig dat de rechter het beroep van de werkgever op een dergelijke cao-bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar acht.⁸⁵ Geheel zeker is dit echter niet, aangezien de Hoge Raad zich hierover (nog) niet heeft uitgelaten. Daarnaast kan het zo zijn dat één van de representatieve vakbonden zich uit de onderhandelingen heeft teruggetrokken, maar dat één of meer andere representatieve vakverenigingen partij blijven bij die cao.⁸⁶ Bij een niet met name genoemde cao zal de werknemer in elk geval moeilijker onder de werking van de nieuwe cao kunnen uitkomen, hoewel ook in deze gevallen verdedigbaar is dat het incorporatiebeding slechts met (voldoende) representatieve vakorganisaties gesloten cao's omvat.⁸⁷ Is echter de representativiteit van de vakorganisaties gewaarborgd dan ligt binding aan de nieuwe cao via het incorporatiebeding voor de hand.

In de literatuur wordt bij de vraag naar de gebondenheid van de werknemer aan een nieuwe cao via het incorporatiebeding regelmatig verwezen naar de uitspraak van Hof Amsterdam uit 2003 waarin het Hof overwoog dat indien een werknemer instemt met een cao, hij geacht wordt ook met *toekomstige versies van die cao* te hebben ingestemd.⁸⁸ Eenmaal ingestemd met de toepassing van een cao zou dus betekenen dat de werknemer toepassing van alle nieuwe cao's moet dulden, ongeacht hun inhoud en ongeacht de vraag door welke partijen de cao is gesloten. Ook op dit punt kan niet van één lijn in de rechtspraak gesproken worden, toch lijkt het erop dat de rechtspraak relatief gemakkelijk binding van de werknemer aan de cao aanneemt, inclusief de binding aan toekomstige cao's die een verslechtering van arbeidsvoorwaarden inhouden.⁸⁹ Zoals hierboven is uiteengezet, kunnen de omstandigheden echter dusdanig zijn dat toepassing van de nieuwe cao niet aangenomen kan worden, ook als de individuele arbeidsovereenkomst van de ongeorganiseerde werknemer een incorporatiebeding bevat.

85 Vlg. Ktr. Hilversum 1 februari 2006, JAR 2006/57. In dit geval was de werknemer lid van een vakbond die de nieuwe cao niet heeft willen ondertekenen. Zie ook Ktr. Amsterdam 24 april 2008, JAR 2008/191; Ktr. Utrecht 12 december 2007, JAR 2008/30.

86 Sagel is van mening dat in dit geval in het algemeen mag worden aangenomen dat ook die cao onder het incorporatiebeding geschaard kan worden, 'omdat deze in voldoende mate tegemoetkomt aan de bedoelingen en verwachtingen die de werknemer tot het aangaan van het incorporatiebeding hebben doen besluiten', S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's' *ArbeidsRecht* 2006/44.

87 Ibid. Betoogd kan ook worden dat bij een cao gesloten met niet-representatieve bonden de additionele toets van art. 7:613 BW (zwaarwichtig belang) geldt, zie K. Salomez, L.G. Verburg en E. Koot-van der Putte, 'Wijziging van arbeidsvoorwaarden op basis van cao', *Sociaal Recht*, 2008/61.

88 Hof Amsterdam 4 december 2003, JAR 2004/12.

89 Zie bijv. R.M. Beltzer, 'Het incorporatiebeding: verleden, heden en toekomst', in *De toekomst van het cao-recht*, p. 109-125.

Eenzijdig of met instemming wijzigen van arbeidsvoorwaarden

Aangezien het hier uiteindelijk gaat om de vraag of en zo ja, onder welke voorwaarden de individuele arbeidsovereenkomst eenzijdig door de werkgever kan worden gewijzigd, dient ook acht te worden geslagen op de vraag of het incorporatiebeding als een *eenzijdig wijzigingsbeding* kan worden beschouwd.⁹⁰ Deze vraag is van belang, omdat dit beding genormeerd wordt door artikel 7:613 BW. Dit artikel bepaalt dat de werkgever slechts een beroep kan doen op dit schriftelijke beding dat hem de bevoegdheid geeft de arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig *zwaarwichtig belang* heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Artikel 7:613 BW introduceert dus een additionele toets bij de vraag of de werknemer gebonden is aan de verslechtering van arbeidsvoorwaarden. Dit zou de niet of anders georganiseerde werknemer een '(tweede) handvat' kunnen bieden om zich te onttrekken aan de gebondenheid, omdat hij de rechter kan laten toetsen of de werkgever een zwaarwichtig belang heeft.⁹¹ Bij het bepalen of de werkgever inderdaad een zodanig zwaarwichtig belang heeft, speelt het feit dat de wijziging volgt uit een nieuwe cao echter een belangrijke rol. In het wetsontwerp was er nog een tweede titel bij dit artikel waarin stond dat het zwaarwichtig belang werd geacht aanwezig te zijn wanneer de wijziging voortvloeide uit een cao. Die bepaling is uiteindelijk geschrapt. Daarbij werd opgemerkt dat ook zonder die bepaling 'een belangrijke betekenis' toekomt aan de overeenstemming met vakbonden en ondernemingsraden.⁹² In de literatuur wordt artikel 613 op basis van deze parlementaire geschiedenis doorgaans zo uitgelegd, dat de werkgever inderdaad wordt geacht een zwaarwichtig belang te hebben wanneer de wijziging in de vorm van een cao overeen is gekomen.⁹³ Dat zou betekenen dat de werknemer aan de wijziging gebonden is. Dus ook al zou de toets van artikel 613 van toepassing zijn op het incorporatiebeding – en de meeste schrijvers zijn van mening dat dit *niet* zo is – dan zou die toets bij verslechtering van arbeidsvoorwaarden in principe geen probleem (voor de werkgever) opleveren. Het is duidelijk dat een ongeorganiseerde werknemer die een verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden voortvloeiende uit een geïncorporeerde cao wil tegenhouden, niet eenvoudig de toets van artikel 7:613 BW in zijn voordeel

90 In een dergelijk beding staat dat de werkgever eenzijdig, dus zonder instemming van de werknemer, de arbeidsvoorwaarden mag wijzigen. Het is de vraag of een incorporatiebeding als eenzijdig wijzigingsbeding kan worden aangemerkt. De literatuur is verdeeld op dit punt. Zie o.a. A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, diss. UvA 2008, p. 266; A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, diss. VU 2004, p. 165; Beltzer in *De toekomst van het cao-recht*, p. 122-123; Fase/Van Drongelen, p. 98; R.A.A. Duk, 'Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW', *SMA* 2006/7/8, p. 312. Ik sluit me aan bij de schrijvers die menen dat de omstandigheden van het geval (waaronder de vraag of de werkgever en de werknemer georganiseerd zijn en de formulering van het incorporatiebeding) de doorslag zullen moeten geven. Zie bijv. S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's' *ArbeidsRecht* 2006/44; K. Salomez, L.G. Verburg en E. Koot-van der Putte, 'Wijziging van arbeidsvoorwaarden op basis van cao', *Sociaal Recht*, 2008/61.

91 Zie ook S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's' *ArbeidsRecht* 2006/44.

92 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 23; 1996/97, 24 615, nr. 9, p. 32.

93 J.M. van Slooten, 'Collectieve verlaging van arbeidsvoorwaarden', in R.M. Beltzer e.a., *De onderneming in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 49.

kan doen uitvallen.⁹⁴ Toch zou ik Beltzer hierin willen volgen die beargumenteert dat de toets van 7:613 BW niet helemaal buitenspel kan worden gezet bij het collectief wijzigen van arbeidsvoorwaarden: 'Het artikel blijft ruimte bieden voor de situatie dat een bepaalde wijziging ten aanzien van een (groep van) werknemer(s) dermate onredelijk uitpakt, dat de wijziging te hunnen aanzien niet geldt.'⁹⁵

Ongeorganiseerde werknemers bij wie de werkgever de cao eerder *niet* heeft toegepast of bij wie het incorporatiebeding alleen op de toen van kracht zijnde cao betrekking had, hebben in tegenstelling tot de gebonden werknemers wel een (goede) kans om de verslechtering van arbeidsvoorwaarden op basis van een cao tegen te houden. De werkgever zal in dit geval dus instemming moeten krijgen van de ongeorganiseerde werknemers om de nieuwe cao toe te passen. Indien de werkgever zich daarbij op een eenzijdig wijzigingbeding kan beroepen (omdat dit in tegenstelling tot het incorporatiebeding wel in de individuele arbeidsovereenkomst is opgenomen), dan zal hij eerst moeten aantonen dat hij een zwaarwichtig belang heeft bij het wijzigen van de arbeidsvoorwaarden. Het enkele feit dat de wijziging in overeenstemming met de vakbonden is bereikt, zal de werkgever mijns inziens hier niet kunnen helpen, daar hij eerdere collectieve afspraken met de vakbonden *niet* op de betreffende werknemers heeft toegepast. Het eenzijdig wijzigingsbeding kan niet gebruikt worden om een nieuwe collectieve regeling te introduceren.⁹⁶

Wanneer de werkgever instemming wenst van de ongeorganiseerde werknemer om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen, dan kan hij – zoals eerder uitgelegd – de werknemer erop wijzen dat van hem wordt verwacht redelijke voorstellen van de werkgever te accepteren. De rechtspraak heeft 'goed werknemerschap' (artikel 7:611 BW) zo uitgelegd dat wanneer sprake is van 'gewijzigde omstandigheden op het werk', van de werknemer kan worden verwacht dat hij redelijke voorstellen van de werkgever tot aanpassing van de arbeidsvoorwaarden accepteert. Hij mag de voorstellen alleen afwijzen 'wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd'.⁹⁷ De literatuur is verdeeld over de vraag hoe 'zwaar' deze toets van artikel 7:611 is (ten opzichte van de toets van 7:613).⁹⁸ Feit blijft dat de werkgever instemming nodig heeft van de werknemer om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen. De uitspraken van de Hoge Raad over het goed werknemerschap kunnen niet zo worden uitgelegd dat wanneer de werknemer niet ingaat op een redelijk voorstel of het

94 R.M. Beltzer, 'Het incorporatiebeding: verleden, heden en toekomst', in *De toekomst van het cao-recht*, p. 123.

95 R.M. Beltzer, 'Waarom het incorporatiebeding onder art. 7:613 BW valt', *SMA* 2006, p. 308-311.

96 A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, diss. UvA 2008, p. 267-268.

97 HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199 (Taxi Hofman), r.o. 3.4; HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204 (Stoof/Mammoet).

98 Zie bijv. W.A. Zondag, 'Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak' *ArA* 2006/3, p. 24-29; F.B.J. Grapperhaus, 'Wijziging van de arbeidsrelatie bij gewijzigde omstandigheden' *TRA* 2008/3. Hoe zwaar de toets is, zal o.a. afhangen van de vraag welke arbeidsvoorwaarden de werkgever wil wijzigen. Een voorstel om bijv. het loon te verlagen, wat een 'essentieel arbeidsvoorwaarde' is, zal niet snel als een redelijk voorstel worden gezien. Zie over 'loonoffers' recent Ktr. Zutphen 27 maart 2013, *RAR* 2013/117.

voorstel op onredelijke gronden afwijst, de werkgever daarmee automatisch de bevoegdheid verkrijgt om de wijziging eenzijdig door te voeren.⁹⁹ Om de oudere, gunstigere arbeidsvoorwaarden buiten toepassing te verklaren zou de werkgever tot slot nog een beroep kunnen doen op art. 6:248 lid 2 BW.¹⁰⁰ Dit artikel bepaalt dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Deze 'onaanvaardbaarheidstoets' is een zware toets, waarbij de bewijslast geheel bij de werkgever zal liggen.¹⁰¹

7.6 Ex-werknemers en de cao

Bij werkzekerheid gaat het om de zekerheid op de arbeidsmarkt en niet, althans in mindere mate, om de zekerheid bij de huidige werkgever. Om werkzekerheid gestalte te geven, proberen cao-partijen arrangementen in het leven te roepen die de werknemers helpen om een transitie te maken van de ene werkgever naar de andere. Soms houden die arrangementen aanspraken in van gewezen werknemers jegens de ex-werkgever, ook wanneer de dienstbetrekking niet meer bestaat, omdat die werknemers een transitie hebben gemaakt. Dit zijn bijvoorbeeld aanvullingen op de werkloosheidsuitkering of aanvullingen op het nieuwe salaris. De vraag is derhalve relevant of dergelijke aanspraken gebaseerd kunnen zijn op een cao. Een vervolgvraag is dan of dergelijke aanspraken gewijzigd kunnen worden bij cao en in hoeverre de oud-werknemers gebonden zijn aan dergelijke cao-afspraken. Dit zijn principiële vragen met betrekking tot de cao als juridisch instrument om werkzekerheid te regelen, aangezien het bij werkzekerheid gaat om 'transitiemakende' werknemers. Dat betekent dat aanwezigheid van de(zelfde) werknemer-werkgever relatie niet altijd verondersteld kan worden. Is dit een struikelblok voor de cao om werkzekerheid gestalte te geven?

Hier wordt uitgegaan van de situatie dat tijdens de arbeidsovereenkomst een cao van toepassing was, maar dat de arbeidsovereenkomst inmiddels is geëindigd. We hebben dus te maken met een gebonden werkgever aan de ene kant en een ex-werknemer aan de andere. De eerste vraag is of de Wet CAO het toestaat dat aanspraken van gewezen werknemers onder het bereik van de cao vallen.¹⁰² Zoals in hoofdstuk 4 is uitgelegd staat het begrip arbeidsvoorwaarde centraal in de wettelijke definitie van de cao. Kunnen aanspraken van oud-werknemers ook onder het begrip arbeidsvoorwaarden geschaard worden? Dit begrip pleegt (zeer) ruim te worden uitgelegd. In dat

99 Wel kan gezegd worden dat de werknemer in strijd handelt met het goed werknemerschap, hetgeen bijvoorbeeld zou kunnen leiden tot een disciplinaire sanctie of ontslag, W.A. Zondag, 'Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak' *ArA* 2006/3.

100 J.M. van Slooten, 'Collectieve verlaging van arbeidsvoorwaarden', in R.M. Beltzer e.a., *De onderneming in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 51.

101 Zie voor de mogelijkheden van een beroep op 6:258 BW, verder in dit hoofdstuk en bijv. W.A. Zondag, 'Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak' *ArA* 2006/3, p. 29-32.

102 Ook Baltussen stelt deze vraag, M.F. Baltussen, 'De cao en ex-werknemers: een (on)mogelijke combinatie?' in *De toekomst van het cao-recht*, 2011, p. 82.

opzicht lijkt dan ook niet problematisch te zijn om aanspraken van ex-werknemers onder arbeidsvoorwaarden in de zin van de Wet CAO te scharen.¹⁰³ De Wet CAO regelt echter in de eerste plaats de rechtsgevolgen van de cao en niet het toepassingsbereik van de cao. De relevante vraag is dus of de individuele ex-werknemer gebonden is aan cao-afspraken waarin aanspraken van ex-werknemers zijn geregeld, of beter, worden gewijzigd. We hebben dan te maken met een situatie waarin de ex-werknemer (onder andere) op grond van een oude cao een bepaalde (financiële) *aanspraak* heeft jegens zijn oude werkgever – zoals een aanspraak op loonsuppletie in zijn nieuwe baan – en die aanspraak bij (nieuwe) cao in de voor hem negatieve zin wordt gewijzigd. De aanspraak vermindert of verdwijnt dus op het moment dat de betrokken werknemer niet meer in dienst is van de werkgever.

Aanspraken van ex-werknemers ten aanzien van de oud-werkgever die voortvloeien uit een cao zijn in de jurisprudentie vooral aan de orde geweest in geschillen rondom de pensioenaanspraken en ziektekostenpremies.¹⁰⁴ De Hoge Raad heeft zich over deze kwestie nog niet uitgesproken, terwijl de lagere rechtspraak een wisselend beeld laat zien. Vastgesteld moet ook worden dat de meningen in de literatuur verdeeld zijn.¹⁰⁵ Aan de ene kant zijn te vinden voorstanders van de zienswijze dat het toepassingsbereik van de cao beperkt is tot de werkgever-werknemer relaties.¹⁰⁶ De enige uitzondering hierop kunnen zijn de uitzondering genoemd in artikel 1 lid 2 Wet CAO: aanneming van werk en overeenkomst van opdracht. Maar ook in die gevallen is er een rechtsverhouding tussen de werkgever en degene die het werk verricht. Aan de andere kant staan de schrijvers die een ruimere toepassing van artikel 1 Wet CAO bepleiten met een beroep op het 'voornamelijkheids criterium' dat ruimte biedt voor toepassing buiten de bestaande arbeidsverhoudingen.¹⁰⁷ Zo wijst Lutjens erop op dat in sommige gevallen (zoals in geval van pensioenaanspraken) tussen ex-werknemer en zijn voormalige werkgever nog een rechtsbetrekking kan bestaan.

In een recente uitspraak toont het Hof Arnhem zich een voorstander van het principe dat voor de gebondenheid aan een cao sprake moet zijn van een werkgever-werknemer relatie.¹⁰⁸ In deze zaak rondom wijziging van het pensioen leidt het Hof dit vereiste af aan de bewoordingen van de Wet CAO: artikel 1 lid 1 Wet CAO spreekt van arbeidsvoorwaarden *bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen*. Ook artikelen 12 en 14 Wet CAO duiden erop dat voor de gebondenheid aan een cao sprake moet zijn van een werkgever-werknemer relatie, aldus het Hof. Voorts is in artikel 9 lid 1 Wet CAO bepaald dat voor een eventuele gebondenheid aan een cao naast de eis van het lidmaatschap van een vereniging (van werkgevers of werknemers) ook is vereist

103 Tot die conclusie komt Baltussen ook in *De toekomst van het cao-recht*, p. 82-84.

104 Zie bijv. Ktg. Terneuzen 22 augustus 2001, JAR 2001/193; Rb. Amsterdam 7 november 2001, JAR 2001/251.

105 Zie M.F. Baltussen, 'De cao en ex-werknemers: een (on)mogelijke combinatie?' in *De toekomst van het cao-recht*, p. 84.

106 Zie bijv. A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, diss. VU 2004, p. 143-149; De Schets, p. 249.

107 O.a. E. Lutjens, 'Pensioenvoorziening bij CAO', SR 2004, p. 260; J. van Slooten, 'Is de rechtsverhouding met de gepensioneerde werknemer bevroren? Een verkenning', in *Jacobs-bundel* p. 437-445.

108 Hof Arnhem 25 oktober 2011, JAR 2011/312.

dat de werkgever of de werknemer bij de cao betrokken zijn. Een arbeidsrelatie tussen de werkgever en de gepensioneerden bestaat niet meer, dus de nieuwe cao kan niet in de arbeidsovereenkomst dwingend doorwerken of de arbeidsovereenkomst aanvullen. Volgens het Hof is ook niet gebleken dat de gepensioneerden bij de totstandkoming van de nieuwe cao betrokken waren. Een aantal gepensioneerden in kwestie was wel lid van een van de bij de cao betrokken werknemersverenigingen, maar dit is volgens het Hof niet voldoende om de gebondenheid aan die cao aan te nemen. Zou het lidmaatschap wel als voldoende grond voor gebondenheid worden gezien, dan zou dat leiden tot de onaanvaardbare uitkomst dat een vakbondslid zich de gevolgen van een verslechterde arbeidsvoorwaarde moet laten welgevalen en een niet-vakbondslid niet. Cao-partijen kunnen dus geen afspraken maken over (wijziging van) de arbeidsvoorwaarden die de ex-werknemer kunnen binden, aldus het Hof Arnhem.¹⁰⁹ Het Hof in Leeuwarden heeft dit later nog bevestigd,¹¹⁰ maar het Hof in Amsterdam niet.¹¹¹ Het Hof Amsterdam oordeelt juist dat het uitgangspunt dat bij het einde van de arbeidsovereenkomst iedere contractuele relatie die de werknemer is aangegaan ten tijde en als gevolg van zijn dienstverband ten einde is gekomen, onjuist is.

Wanneer we de focus in dit kader verleggen naar werkzekerheid en transitie van baan-naar-baan, moet echter vastgesteld worden dat de redenering van het Hof Arnhem niet zou opgaan waar het wijziging van bijvoorbeeld een loonsuppletie zou betreffen. Het Hof Arnhem wilde de binding van ex-werknemers aan een cao niet aannemen, omdat de Wet CAO daarvoor het bestaan van een arbeidsovereenkomst zou vereisen. Een werknemer die een transitie van de ene naar de andere werkgever maakt en op basis van een bedrijfstak-cao recht heeft op een loonsuppletie, heeft wel een arbeidsovereenkomst. Dit is dan een andere arbeidsovereenkomst, maar als hij in dezelfde sector blijft, dan kan hij gebonden blijven aan dezelfde bedrijfstak-cao (inclusief hetgeen over loonsuppleties is geregeld). Wordt die regeling later door cao-partijen gewijzigd of bijvoorbeeld afgeschaft, dan is hij door die wijziging gebonden. Toch ben ik van mening dat in het algemeen de redenering van Hof Arnhem gevolgd moet worden en dat voor binding aan de cao een arbeidsovereenkomst nodig is.¹¹² Een ander standpunt zou immers leiden tot nog een grotere complexiteit binnen het cao-recht. Meer principieel echter is het punt dat de cao een 'pakket' van arbeidsvoorwaarden vormt, een compromis. Wanneer een onderdeel van de cao nadelig is voor de werknemers, dan mag aangenomen worden dat de werknemersorganisaties dit nadeel bij de onderhandelingen hebben geaccepteerd om op een ander onderdeel (en misschien zelfs pas op termijn) een voordeel voor de werknemers te behalen. De ex-werknemers kunnen de cao niet meer als een geheel ontvangen en daarom kan van hen ook niet verwacht worden om enkel de nadelige onderdelen te accepteren.

109 R.o. 5.25.

110 Hof Leeuwarden 25 september 2012, RAR 2012/160.

111 Zie echter Hof Amsterdam 12 juni 2012, RAR 2012/123.

112 Of een andere overeenkomst tot het verrichten van arbeid, zoals in art. 1 lid 2 Wet CAO staat.

Vastgesteld moet worden dat het voorlopig onduidelijk is in hoeverre de werkgever die wijzigingen wilt aanbrengen in aanspraken die oud-werknemers jegens hem hebben, inderdaad gebruik kan maken van de 'arbeidsrechtelijke middelen', zoals de cao, om dit te bewerkstelligen. Hij kan wel gebruikmaken van de 'vermogensrechtelijke middelen', wat men name wil zeggen dat hij een beroep kan doen op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) of op onvoorzien omstandigheden (artikel 6:258 BW).¹¹³

7.7 Tussenconclusie: de cao op basis van vrijwilligheid

Hierboven is gebleken dat werkgevers collectieve regelingen niet altijd eenvoudig kunnen doorvoeren. Met name wanneer de nieuwe cao-bepalingen een verslechtering van arbeidsvoorwaarden inhouden, zullen de werknemers mogelijk willen vasthouden aan de oude arbeidsvoorwaarden.¹¹⁴ Dat aanspraken van oud-werknemers niet door middel van (nieuwe) cao-afspraken kunnen worden gewijzigd, zal voor velen waarschijnlijk niet onbegrijpelijk zijn, aangezien de arbeidsovereenkomst bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming centraal staat en de oud-werknemers geen arbeidsovereenkomst meer hebben. Dat echter ook de 'gewone' ongeorganiseerde werknemer niet altijd gebonden is aan cao-afspraken, is iets wat door veel schrijvers als onwenselijk wordt gezien.¹¹⁵ De wet biedt deze werknemers immers wel de mogelijkheid om te genieten van de voordelen van de cao, maar hij biedt ze blijkbaar ook de mogelijkheid om de toepassing van de cao te weigeren. Wanneer de werkgever met de werknemersorganisaties tot overeenstemming is gekomen over bijvoorbeeld een verslechtering van arbeidsvoorwaarden, dan kan het zijn dat hij toch nog de instemming nodig heeft van de individuele werknemer om die wijziging in arbeidsvoorwaarden in alle individuele gevallen ook door te voeren. Dit terwijl de ongeorganiseerde werknemers doorgaans wel profiteren van de positieve kanten van dergelijke collectieve afspraken, zoals werkgelegenheidsbehoud.¹¹⁶ Het komt ook voor dat een (grote) meerderheid van de werknemers instemt met de verlaging, maar ook dat feit biedt de werkgever geen soelaas: hij kan de minderheid niet automatisch binden.¹¹⁷ Als oplossing voor dit probleem stelt Van Slooten onder andere voor om het mechanisme van algemeen verbindendverklaring 'op te rekken'; ook ondernemings-cao's en sociale plannen zouden algemeen verbindend kunnen worden verklaard.¹¹⁸

113 J. van Slooten, 'Is de rechtsverhouding met de gepensioneerde werknemer bevroren? Een verkenning', in *Jacobs-bundel* p. 443. Zie ook hieronder.

114 Zie bijv. HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989/335 (IBM).

115 Zie bijv. J.M. van Slooten, 'Collectieve verlaging van arbeidsvoorwaarden', in R.M. Beltzer e.a., *De onderneming in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 43-56; A.R. Houweling en C.J. Loonstra, 'Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?', *TAP* 2011/5.

116 Zie bijv. J.M. van Slooten, 'Collectieve verlaging van arbeidsvoorwaarden', in R.M. Beltzer e.a., *De onderneming in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 52.

117 Met name de primaire arbeidsvoorwaarden als het loon en de arbeidsduur kunnen moeilijk gewijzigd worden, voor de secundaire arbeidsvoorwaarden geldt dit in mindere mate, zie bijv. Ktr. Zutphen 27 maart 2013, *RAR* 2013/117. Zie ook M.J.A.C. Driessen en N. Gundt, 'Gevaarlijke crisismix: Wijziging van de arbeidsovereenkomst en verwijtbare werkloosheid', *TRA* 2013/66.

118 J.M. van Slooten, 'Collectieve verlaging van arbeidsvoorwaarden', in R.M. Beltzer e.a., *De onderneming in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 55.

Het is echter de vraag of een algemene binding aan cao's bevorderd moet worden, met name wanneer representativiteitseisen aan de kant van de werknemersorganisaties ontbreken.¹¹⁹ Het cao-recht stelt geen representativiteitseisen, omdat het stoelt op vrijwilligheid. In principe zijn alleen zij die lid zijn of lid worden van een van de cao-partijen aan de collectieve afspraken gebonden.¹²⁰ Vrijwilligheid staat aan de basis van het Nederlandse cao-stelsel. Het veranderen van de rechtsgevolgen van de cao is daarmee niet mogelijk zonder een fundamentele herziening van het cao-recht, aangezien de fundamentele ervan daarmee worden geraakt. Bovendien was het doel van het algemeen verbindend verklaren van cao's niet om het gemakkelijker te maken om de collectieve afspraken toe te passen op alle werknemers *binnen* de onderneming, maar om de concurrentie op arbeidsvoorwaarden te beperken.¹²¹ Het primaire doel is om de ongebonden *werkgevers* en de bij hen in dienst zijnde werknemers aan hetzelfde rechtsregime te binden als degenen die door de cao zijn gebonden.¹²² Ook hier raakt deze problematiek aan de fundamentele van het cao-recht. Bij een fundamentele herziening zou meer in aanmerking moeten worden genomen dan deze problematiek van de ongeorganiseerde werknemer.

Hoewel het inderdaad zo kan zijn dat men in de praktijk problemen ervaart met het toepassen van de collectieve afspraken op alle werknemers, impliceert dat gegeven niet noodzakelijkwijs dat de juridische binding van de cao zou moeten worden 'uitgerekt' naar alle werknemers. Toch wordt vaak het enkele argument gebruikt dat een collectieve regeling zou moeten gelden voor alle werknemers, zonder dat wordt aangegeven waarom dat zo zou moeten zijn. De redenering komt er meestal op neer dat bij collectieve regelingen nu eenmaal niet alle individuele belangen (even sterk) tot hun recht kunnen komen. 'Het valt voor de één beter uit dan voor de ander', om de woorden van Van Slooten te gebruiken.¹²³ Dat de (ongeorganiseerde) werknemer tracht voor hem de meest gunstige arbeidsvoorwaarden te bedingen lijkt me echter vanzelfsprekend en in beginsel niet onwenselijk. De vrees is eerder dat de collectieve afspraken niet meer tot stand zullen komen, daar zij een zekere mate van solidariteit onder werknemers impliceren.¹²⁴ Wanneer te veel werknemers zich aan de collectieve regelingen kunnen onttrekken, dan is de kans reëel dat de werkgevers (organisaties) niet langer bereid zullen zijn om de arbeidsvoorwaarden op collectief niveau af te spreken. Zij missen dan de (schaal)voordelen van de cao. Er zijn echter geen aanwijzingen dat (te) veel individuele werknemers zich inderdaad aan de collectieve regeling (kunnen) onttrekken. Daarnaast is de meerderheid van de werkgevers nog steeds een voorstander van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Dat blijkt niet alleen uit de hoge organisatiegraad aan werkgeverszijde, maar ook uit

119 Voor een beschouwing van het representativiteitsvraagstuk wordt de lezer verwezen naar hoofdstuk 3.

120 Fase/Van Drongelen, p. 63, 209.

121 Fase/Van Drongelen, p. 28, 139. Zie ook Toetsingskader AVV sub 1.

122 Een (wenselijk) gevolg hiervan is evenwel dat ook bij de reeds gebonden werkgever voor alle werknemers dezelfde rechtstoestand geldt.

123 J.M. van Slooten, 'Collectieve verlaging van arbeidsvoorwaarden', in R.M. Beltzer e.a., *De onderneming in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 54.

124 Zie bijv. T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?' *ArA* 2008, nr. 1, p. 41-42.

het grootschalige gebruik van incorporatiebedingen. Blijkbaar is dit probleem niet zo groot dat het de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming ondermijnt.

Daarnaast kan verwezen worden naar andere 'juridische mechanismen' dan die van de Wet CAO, die de werknemer als het ware duwen richting het accepteren van de collectieve regelingen. Het ene mechanisme werkt vanuit het arbeidsrecht en bestaat enerzijds uit de rechterlijke invulling van het begrip 'goed werknemerschap' waarin van de werknemer verwacht wordt dat hij redelijke wijzigingsvoorstellen van de werkgever accepteert en anderzijds uit de (vooral academische) invulling van het begrip 'zwaarwichtig belang' waarin het feit dat een wijziging op een collectief niveau is overeengekomen als zeer belangrijk wordt gezien. Dit arbeidsrechtelijk mechanisme werkt niet alleen tijdens de arbeidsrelatie, maar heeft ook een werking bij het einde van de arbeidsrelatie – zoals in het kader van kennelijk onredelijk ontslag – , waarbij de betrokkenheid van de vakbonden steeds zwaar weegt bij de beoordeling of een bepaalde regeling of arbeidsvoorwaarde redelijk is voor de werknemer. Het andere mechanisme werkt vanuit de sociale zekerheid en heeft te maken met de activerende rol van de Werkloosheidswet. De gedachte dat de WW een transitie van werk naar werk moet ondersteunen wordt zo ingevuld dat degenen die niet meedoen aan (collectieve) transitie-regelingen gesanctioneerd kunnen worden. Samen kunnen deze mechanismen grote invloed hebben op de individuele afwegingen wel of niet de cao-regeling te accepteren. Daarmee blijft het cao-stelsel nog steeds stoelen op vrijwilligheid wanneer alleen gekeken wordt naar de cao-systematiek (de werking van de Wet CAO en het incorporatiebeding), maar in een 'bredere visie' kunnen vraagtekens worden gezet bij die vrijwilligheid.¹²⁵

7.8 Naleving van werkgelegenheidsgaranties

Garanties in cao's omtrent het werkgelegenheidsbehoud zijn al enkele keren genoemd. In het kader van onderhandelingen over werkzekerheid gaat het in de meeste gevallen om maatregelen tot verbetering van employability door middel van scholing en maatregelen die de van-werk-naar-werk-transities moeten bevorderen. Soms gaan vakbonden echter verder en vragen ze expliciete garanties met betrekking tot de werkgelegenheid.¹²⁶ In ruil voor loonmatiging of een grotere arbeidstijdflexibiliteit zijn de werkgevers(vertegenwoordigers) in sommige gevallen bereid een 'werkgelegenheidsgarantie' voor een bepaalde periode te geven. Ook in het kader van fusies en overnames worden soms dit soort werkgelegenheidsgaranties afgegeven. Een investeringsmaatregel vormt in enkele gevallen een (centraal) onderdeel van een dergelijke afspraak. Wanneer bijvoorbeeld een nieuwe productielijn in de onderneming wordt gestart gaan beide partijen ervan uit dat de werkgelegenheid inderdaad gewaarborgd zal kunnen worden. Hier staat de vraag centraal of nakoming

¹²⁵ Daarnaast is bij de Wet AVV uiteraard ook geen sprake van vrijwilligheid.

¹²⁶ Zie bijv. het persbericht over cao-onderhandelingen in de burgerluchtvaart, http://www.fnvbondgenoten.nl/nieuws/nieuwsarchief/2013/oktober/651245-wn_vlm_behoud_werkgelegenheid_actiedreiging_011013/ (pagina laatst bezocht op 11 november 2013).

van zulke afspraken kan worden afgedwongen.¹²⁷ Dit is een relevante vraag voor de praktijk. Zo blijkt uit onderzoek dat in Duitsland, waar dit soort werkgelegenheids-garanties vaker dan bij ons voorkomen, een derde van de garanties verbroken wordt door de werkgever.¹²⁸

Conflicten rond de naleving van werkgelegenheidsgaranties worden door cao-partijen niet vaak voor de rechter uitgevochten. Net als de meeste (commerciële) partijen bij duurovereenkomsten, verkiezen de cao-partijen bij onvoorziene omstandigheden vaak het overleg boven de gang naar de rechter.¹²⁹ Naast het feit dat rechterlijke procedures kostbaar en tijdrovend zijn, zullen de cao-partijen, die elkaar immers regelmatig ontmoeten in het kader van collectieve onderhandelingen, hun relatie liever niet op deze manier onder druk willen zetten. Daarnaast staan de Nederlandse vakbonden over het algemeen bekend als 'uiterst gematigd en constructief'.¹³⁰ Het is daarnaast niet ondenkbaar dat de vakbonden niet in alle gevallen naleving van de werkgelegenheidsgarantie zullen *willen* afdwingen, omdat de kosten van de naleving op een andere manier gecompenseerd zullen moeten worden, bijvoorbeeld bij de nieuwe ronde van cao-onderhandelingen. Aanpassing van de overeenkomst zal dan in het belang van beide partijen zijn. De werkgever, de ondernemingsraad en de bonden zullen bovendien zelf beter dan de rechter op de hoogte zijn van de mogelijkheden in een specifieke onderneming of bedrijfstak. Zij zullen dus bij gewijzigde omstandigheden vaak het overleg verkiezen boven een rechtszaak. Vaak wordt de verplichting tot nader overleg in de cao zelf (of in een andere overeenkomst) opgenomen.¹³¹ Dat de cao een overeenkomst is, brengt ook mee dat de partijen bij de cao gezamenlijk kunnen besluiten de overeenkomst tijdens de looptijd te wijzigen.¹³² Daarnaast kan in een bedrijfstak-cao zijn opgenomen dat dispensatie van de cao mogelijk is.¹³³

Wanneer nader overleg echter niet vruchtbaar is gebleken en de vakbonden of de werknemers willen de werkgever aan de gegeven garantie houden, dan kan de gang naar de rechter uitkomst bieden. Een vakbond kan, ook zonder dat de leden daarom verzoeken, een vordering tot nakoming van de cao instellen; zij heeft een zelfstandig recht om de naleving van de cao te eisen.¹³⁴ De cao-partijen kunnen de naleving

127 Voor algemene informatie over de naleving en handhaving van de cao, zie bijv. A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, diss. VU 2004, p. 197-238; Fase/Van Drongelen, p. 116-124.

128 C. Bogedan, W. Brehmer en H. Seifert, 'Wie krisenfest sind betriebliche Bündnisse zur Beschäftigungssicherung?', *WSI-Mitteilungen* 02/2011.

129 Vgl. E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'Imprévision en zelfregulering. Het belang van zelfregulering met betrekking tot onvoorziene omstandigheden in zakelijke contractuele (duur)relaties, de juridische inkadering en nadere vormgeving daarvan', *Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht* 2006, nr.2, p. 40-53.

130 Jacobs 2005, p. 9.

131 Het valt op dat in de meeste cao's de plicht tot (her)onderhandeling bij reorganisaties is opgenomen, ook wanneer er geen sprake is van een werkgelegenheidsgarantie. Dit blijkt uit eigen onderzoek, zie hoofdstuk 6.

132 A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, diss. VU 2004, p. 212.

133 Zie bijv. A. Stege, 'Dispensatie op grond van het Toetsingskader AVV', *TRA* 2011, 24.

134 HR 19 december 1997, *NJ* 1998/403; HR 5 februari 1999, *NJ* 1999, 307.

vorderen voor zowel door de cao gebonden als de niet-gebonden werknemers.¹³⁵ De individuele gebonden werknemers, dat wil zeggen de leden van de cao-sluitende werknemersorganisatie, kunnen ook de naleving van de cao door hun eveneens gebonden werkgever afdwingen, net zoals de werknemers dat kunnen die een arbeidsovereenkomst hebben ondertekend waarin een incorporatiebeding is opgenomen. Hetgeen in de cao is bepaald, is deel gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst, waardoor de individuele werknemer vanuit de arbeidsovereenkomst vorderingen kan instellen.¹³⁶ Individuele werknemers kunnen zich echter alleen beroepen op naleving van cao-bepalingen met horizontale werking. Cao-bepalingen met obligatoir karakter zijn alleen bedoeld te werken tussen de cao-partijen.

7.8.1 Uitleg en soort bepaling

Of een werkgelegenheidsgarantie in de cao een horizontale dan wel obligatoire bepaling is, zal van de formulering afhangen, waarbij echter voor ogen moet worden gehouden dat dit onderscheid niet absoluut is.¹³⁷ Of de betreffende cao-bepaling als een horizontale dan wel een obligatoire (of een diagonale) bepaling gekwalificeerd moet worden, is ook van belang voor de vraag hoe de bepaling uitgelegd moet worden.¹³⁸ De uitleg van obligatoire bepalingen gebeurt namelijk volgens de regels van het algemene verbintenissenrecht. Het Haviltex-criterium zal dus van toepassing zijn indien de werkgelegenheidsgarantie alleen de cao-partijen bindt. Indien de werkgelegenheidsgarantie echter als een horizontale of diagonale bepaling wordt aangemerkt, dan zal de rechter in beginsel de grammaticale uitleg toepassen, waarbij de bewoordingen van de betreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst, doorslaggevend zijn. Als de bewoordingen voor meer dan één uitleg vatbaar zijn, dan moet de betreffende bepaling worden uitgelegd naar haar kennelijke strekking en maatschappelijke betekenis. Hetzelfde geldt overigens voor werkgelegenheidsgaranties opgenomen in een sociaal plan.

Veel bepalingen in deze categorie luiden ongeveer als volgt. 'De werkgever zal tijdens de duur van deze overeenkomst niet overgaan tot collectief ontslag.' Hoewel dit niet een typische arbeidsvoorwaardenbepaling is, in die zin dat zij rechten en plichten van de individuele werkgever en werknemer tegenover elkaar vastlegt, kan men ook niet volhouden dat deze afspraak uitsluitend tussen de cao-partijen geldt. Met name wanneer het werkgelegenheidsbehoud gekoppeld is aan een verslechtering van arbeidsvoorwaarden, wat vaak het geval is, dan komt het horizontale karakter van de bepaling meer in beeld. De individuele werknemers zullen dus in de meeste gevallen – naast de cao-partijen – de naleving van de werkgelegenheidsgaranties

¹³⁵ De vordering wordt gebaseerd op art. 9 lid 2 Wet CAO, zie Fase/Van Drongelen, p. 117.

¹³⁶ Zoals eerder opgemerkt, kunnen artikel 14-werknemers de naleving van de cao-bepalingen niet afdwingen, zie HR 7 juni 1957, NJ 1957/527 (Suk/Brittannia).

¹³⁷ Fase/Van Drongelen, p. 116.

¹³⁸ Zie Fase/Van Drongelen, p. 114-116 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

kunnen vorderen.¹³⁹ Het is echter niet uit te sluiten dat een 'werkgelegenheidsgarantie' uitgelegd wordt als een obligatoire bepaling, sterker nog, veel bepalingen in deze categorie, zoals ze in hoofdstuk 6 zijn weergegeven, zouden als obligatoir uitgelegd kunnen worden. Een dergelijke bepaling is dan bijvoorbeeld geformuleerd als een inspanningsverplichting van de werkgever om de werkgelegenheid 'op peil te houden' en regelmatig overleg te voeren over de werkgelegenheid met de werknemersorganisaties.¹⁴⁰ Vooral wanneer de 'werkgelegenheidsgarantie' direct gekoppeld is aan overleg tussen cao-partijen zal het oordeel zijn dat het om een obligatoire bepaling gaat. Hieronder wordt echter steeds uitgegaan van de kwalificatie als horizontale bepaling.

7.8.2 Sanctie bij niet-naleving

Het feit dat de werkgelegenheidsgarantie als een horizontale bepaling uitgelegd zou kunnen worden, betekent echter niet meteen dat er sprake is van hetzelfde rechtsgevolg als wanneer sprake is van niet-naleving van een 'normale' horizontale bepaling, ook wel arbeidsvoorwaardenbepaling genoemd. De Wet CAO en de Wet AVV zijn duidelijk wat betreft de sanctie bij de met de cao strijdige afspraken: er volgt dan nietigheid en in plaats ervan geldt de cao-bepaling.¹⁴¹ Wanneer de werkgever een werkgelegenheidsgarantie niet naleeft en dus toch overgaat tot gedwongen ontslag, gaat het echter niet om een met de cao strijdige *afpraak* tussen de werkgever en de werknemer, maar om een (rechts)*handeling*. Daarnaast is er ook geen vervangende bepaling die in kan treden. De cao kan ook zelf het rechtsgevolg van niet-naleving regelen.¹⁴² In geen van de onderzochte cao's met (een vorm van) een werkgelegenheidsgarantie is echter het gevolg van de strijdige handelingen geregeld, anders dan dat de partijen dan spoedig weer in overleg moeten treden.¹⁴³ Het is dan ook de vraag of een handeling in strijd met de werkgelegenheidsgarantie nietig is. Is bijvoorbeeld een opzegging van een arbeidsovereenkomst (vanwege bedrijfseconomische redenen) nietig wanneer er in de cao staat dat tijdens de duur van de cao geen gedwongen ontslagen doorgevoerd zullen worden?

Eerst zal vastgesteld moeten worden of en wanneer de werkgever in strijd handelt met de werkgelegenheidsgarantie. Deze vraag maakt onderdeel uit van één van de belangrijkste taken die de rechter in een dergelijke zaak heeft en dat is de vraag hoe de werkgelegenheidsgarantie zoals in de cao opgenomen dient te worden uitgelegd. Om te weten of de werkgever op dit punt in strijd met de cao handelt, moet eerst

139 Horizontale bepalingen zijn niet alleen arbeidsvoorwaardenbepalingen, zie Fase/Van Drongelen, p. 119-120.

140 Rigaux merkt bijv. op dat werkgevers en werkgeversorganisaties zich makkelijker verbinden tegenover de werknemersorganisaties dan tegenover de individuele werknemers, daar de obligatoir gegarandeerde behoud van werkgelegenheid minder stringent is dan de normatief ingekleurde garanties, zie M. Rigaux, 'Collectief bedongen werkzekerheid: een vrije reflectie over de grenzen van de subsidiariteit', in: M. Rigaux en W. Rauws, *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8*, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 703.

141 Art. 12 Wet CAO en art. 3 Wet AVV.

142 Vlg. Fase/Van Drongelen, p. 120.

143 Zie hoofdstuk 6.

worden vastgesteld *waartoe* de werkgever zich heeft verbonden. Bepaalt de cao dat de werkgever geen gedwongen ontslagen zal doorvoeren, wat een verbintenis is om niet te doen, of is in de cao neergelegd dat de werkgelegenheid wordt gegarandeerd, wat een verbintenis is om te doen?¹⁴⁴ Heeft de werkgever zich met andere woorden verbonden iets te doen of juist iets niet te doen? Dit zal in de eerste plaats afhangen van de precieze formulering van de garantie. In de praktijk zal de verbintenis om werknemers *niet* te ontslaan belangrijker zijn.¹⁴⁵ Het is onwaarschijnlijk dat de werkgever wordt aangesproken wegens niet-naleving – bijvoorbeeld in het geval hij nalaat een werkgelegenheidsbeleid te voeren – , terwijl er geen gedwongen ontslagen (gaan) plaatsvinden.¹⁴⁶ Pas wanneer de werkgever het voornemen kenbaar heeft gemaakt om mensen te ontslaan, zullen de vakbonden en/of de werknemers naleving van de overeenkomst vorderen. Het is echter wel denkbaar dat een werkgever geen ontslagen doorvoert in de periode dat de cao van kracht is, maar ondertussen wel voorbereidingen maakt om dat te doen zodra die periode voorbij is. In dat geval krijgt de verbintenis om te doen, namelijk om de werkgelegenheid te garanderen, een belangrijkere rol.¹⁴⁷

Een ander onderscheid in soorten verbintenissen is hier echter van groter belang. Het gaat om het onderscheid tussen de inspannings- en resultaatsverbintenissen.¹⁴⁸ De verbintenis kan strekken tot het verrichten van een zekere inspanning; er is dan sprake van nakoming wanneer die inspanning is geleverd ongeacht het resultaat. De verschuldigde prestatie is dan verricht.¹⁴⁹ Bij resultaatsverbintenissen gaat het juist om het resultaat. Dit onderscheid is vooral van belang voor de vraag of de verbintenis is nagekomen en voor de vraag op wie de stelplicht en bewijslast rust. Wanneer de schuldenaar zich heeft verbonden tot het bewerkstelligen van een bepaald resultaat, dan kan de schuldeiser volstaan met de stelling dat de schuldenaar het toegezegde resultaat niet heeft bewerkstelligd. De schuldenaar moet dan feiten en omstandigheden stellen en bewijzen die rechtvaardigen dat hij voor de tekortkoming in de

144 Verbintenissen worden van oudsher onderscheiden in verbintenissen om te geven, te doen en niet te doen. Zie bijv. C.J.H. Brunner en G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht Algemeen*, Deventer: Kluwer, 1999, p. 42.

145 Een werkgelegenheidsgarantie die geformuleerd is als een verbintenis om niet te doen, is te vinden in de cao voor ANWB (art. 2.1 lid 2): 'De onderneming zal tijdens de duur van deze overeenkomst niet overgaan tot collectief ontslag (...).'

146 Een werkgelegenheidsgarantie die geformuleerd is als een verbintenis om te doen, is te vinden in de cao voor de Rabobank (hoofdstuk IV): 'Voor individuele medewerkers die zich blijvend kwalificeren voor een functie, waarborgt de werkgever gedurende de looptijd van de CAO de werkgelegenheid.'

147 Staat er echter in de cao-bepaling dat de werkgelegenheid voor de duur van de cao wordt gegarandeerd, dan kan daarin m.i. niet zonder meer worden gelezen dat de werkgever ook geen voorbereidingen mag treffen om *daarna* werknemers te ontslaan.

148 Brunner en De Jong 1999, p. 43-44.

149 In de doctrine is er ook nog een benadering waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen 'prestatie' en 'resultaat'. Bij een ziekenhuisoperatie bijvoorbeeld brengt deze benadering mee dat het uitvoeren van de operatie (de prestatie) verbintenisrechtelijk wordt onderscheiden van de vraag of het beoogde resultaat van de operatie is bereikt, zie G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames. Over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames*, diss. Tilburg University 2002, p. 96-111.

nakoming niet aansprakelijk is. Bij de inspanningsverbintenis zal de schuldeiser moeten stellen en bewijzen dat de schuldenaar niet de vereiste inspanning heeft geleverd nog voordat zijn aansprakelijkheid aan de orde komt. Dit onderscheid tussen inspanning en resultaat is in de praktijk vaak moeilijk te maken.¹⁵⁰ Bij veel werkgelegenheidsgaranties blijkt echter dat vooral een zekere inspanning is beoogd.

In hoofdstuk 5 is reeds gebleken dat veel werkgelegenheidsgaranties zoals ze in de onderzochte cao's aangetroffen zijn, als een inspanningsverbintenis kunnen worden gekwalificeerd. Uit de tekst kan dan slechts de *intentie* worden afgeleid om geen ontslagen door te voeren.

Cao Unilever (principeakkoord)

Unilever spant zich maximaal in dat er geen gedwongen ontslagen zullen vallen op grond van bedrijfseconomische redenen gedurende de looptijd van deze CAO, derhalve tot 1 mei 2012. Bedrijfseconomische redenen zijn redenen die niet de persoon (dringende reden of verstoorde arbeidsverhouding) of het (dis)functioneren van de medewerker betreffen (artikel 7:677 en 7:678 BW).

Bij bepalingen die duidelijk als een inspanningsverbintenis zijn geformuleerd zal het op de weg van de vakbond liggen om te stellen én te bewijzen dat de werkgever niet de vereiste inspanning heeft geleverd om de werkgelegenheid veilig te stellen. Het moge echter duidelijk zijn dat dit geen eenvoudige taak is. Vooral wanneer de werkgever eerst in overleg is getreden met de werknemersorganisaties teneinde de zaak toe te lichten en te onderzoeken of er mogelijkheden zijn om de gedwongen ontslagen te voorkomen, maar wanneer dat overleg niet tot het (voor de werknemersorganisaties) gewenste resultaat heeft geleid, zal het zeer moeilijk, zo niet onmogelijk, zijn voor de bonden om te bewijzen dat de werkgever zich niet heeft ingespannen om de werkgelegenheid te behouden. Dat er in de cao staat dat de werkgever zich 'maximaal' moet inspannen, verandert niets in de bewijslast voor de betreffende werknemersorganisatie.

Daarnaast hebben veel cao-partijen meestal nog een *voorbehoud* gemaakt ten aanzien van die intentie, wat de intentie nog verder 'afzwakt', zoals uit de twee onderstaande voorbeelden blijkt.¹⁵¹

Cao ANWB (art. 2.1 lid 2)

De onderneming zal tijdens de duur van deze overeenkomst niet overgaan tot collectief ontslag, in de zin van de Wet melding collectief ontslag, van medewerkers, die op het moment van afsluiting ervan in dienst zijn, respectievelijk tijdens de duur ervan in dienst treden, tenzij bijzondere omstandigheden hiertoe noodzaken. In dat geval zal zij hiertoe niet eerder besluiten dan na diepgaand en indringend overleg met de Ondernemingsraad en na het raadplegen van de vakorganisaties.

150 G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames. Over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames*, diss. Tilburg University 2002, p. 106.

151 Naast het hier bedoelde voorbehoud, maken de cao's meestal ook een voorbehoud ten aanzien van het beëindigen van arbeidsovereenkomsten wegens een reden die de persoon van de werknemer betreffen, zoals een dringende reden. Dit soort beëindigingen blijft mogelijk.

Cao V&D B.V. en La Place B.V. (preambule)

In combinatie met de 0% groei (in de cao's met looptijd 1 februari 2010 tot 1 juli 2011) en bij een gelijkblijvende economische situatie verwachten V&D B.V. en La Place B.V. dat er gedurende de looptijd van de cao's geen gedwongen collectieve ontslagen in de zin van Wel Melding Collectief Ontslag (WMCO) zullen vallen. Een garantie in deze geven La Place B.V. en V&D B.V. af gedurende 12 maanden tot 1 augustus 2010. Het is niet de intentie om na die datum wel over te gaan tot gedwongen collectieve ontslagen en V&D en La Place zullen zich maximaal inspannen om ook daarna de werkgelegenheid van haar werknemers veilig te stellen.

Als het economische klimaat of de economische positie van V&D en La Place verder verslechtert, verplichten de partijen zich tot overleg indien in die situatie reorganisaties onontkoombaar blijken, waarbij V&D of La Place niet gehouden kunnen worden aan op dat moment onhoudbare garanties.

In het laatste geval is zelfs uitdrukkelijk bepaald dat onder bepaalde omstandigheden de werkgever niet gehouden kan worden aan de werkgelegenheidsgarantie. Bovendien is het voorbehoud gemaakt dat de 'economische situatie' gelijk blijft. In beide gevallen betreft het bovendien een voorbehoud dat de 'garantie' alleen *collectieve* ontslagen betreft. Individuele ontslagen om bedrijfseconomische redenen vallen dus niet onder de 'garantie' en kunnen dus wel uitgevoerd worden, ook zonder voorafgaande raadpleging van de bonden. Dat is opmerkelijk aangezien verwacht kan worden (en soms ook uitdrukkelijke uit de cao blijkt) dat aan werknemerszijde voor deze 'garantie' een bepaalde tegenprestatie is geleverd.¹⁵² In deze gevallen waarbij de werkgever zich ertoe verbindt geen collectieve ontslagen door te voeren dan nadat ('diepgaand en indringend') overleg is gevoerd met de vakbonden, voegen de cao-afspraken nauwelijks iets toe aan wat al uit de WMCO volgt.¹⁵³ Ook die wet schrijft onder andere voor dat belanghebbende verenigingen van werknemers geraadpleegd moeten worden bij een voornemen om de arbeidsovereenkomst van ten minste twintig werknemers te beëindigen. Die raadpleging moet ten minste betrekking hebben op de mogelijkheden om de collectieve ontslagen te voorkomen of in aantal te verminderen alsook de mogelijkheid de gevolgen van het ontslag te verzachten.¹⁵⁴ In vergelijking met deze cao-afspraken zou men zelfs kunnen concluderen dat de Wet Melding Collectief Ontslag een werkgelegenheidsgarantie biedt. De wet schrijft echter niet voor dat die raadpleging een bepaalde uitkomst moet hebben. De werkgever heeft aan zijn verplichting voldaan als hij zich voldoende heeft ingespannen om tot een akkoord te komen.¹⁵⁵ Het gaat hierbij weer om een inspanningsverplichting en niet om een resultaatverplichting.

Wanneer de verplichting tot raadpleging in de cao is opgenomen kan dit echter wel ertoe leiden dat er een andere sanctie geldt wanneer de verplichting niet is nageleefd. De sanctie die volgt uit de WMCO is dat het ontslag vernietigbaar is.¹⁵⁶ De sanctie die uit de Wet CAO en Wet AVV volgt is echter nietigheid.¹⁵⁷ Ook Govaert en De Laat is

152 In de cao voor de V&D bijv. staat dat er geen loonstijging is overeengekomen ('de 0% groei').

153 Meer vergelijkbare cao-bepalingen zijn aangetroffen. Zie bijv. de cao Océ-Technologies B.V. (art. 3 sub 5.1) in hoofdstuk 6.

154 Art. 3 lid 1 en 2 WMCO.

155 Heinsius, Aantek. 5 bij artikel 3 WMCO, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*.

156 Art. 7 WMCO.

157 Art. 9, 12 en 13 Wet CAO en art. 3 en 9 lid 2 Wet AVV.

deze discrepantie in het collectieve arbeidsrecht opgevallen.¹⁵⁸ Bij vernietigbaarheid op grond van de WMCO kan uitsluitend de werknemer een beroep doen op die vernietigbaarheid, het ontslag is voorts rechtsgeldig totdat het vernietigd wordt, terwijl 'nietig' betekent dat de dwingendrechtelijke bepaling door de rechter ambtshalve kan worden toegepast en dat beide partijen – en in dit geval ook de cao-partijen – een beroep kunnen doen op de dwingende bepaling. Wanneer in de cao ontslagen om bedrijfseconomische redenen uitgesloten zijn en voorafgaand overleg met de vakbonden verplicht is gesteld, dan zijn de ontslagen gegeven in strijd met de cao nietig.¹⁵⁹ Ook Fase en Van Drongelen beredeneren dat ontslagen die in strijd met de cao zijn gegeven – bijvoorbeeld omdat een ontslaggrond is gebruikt die in de cao uitgesloten is – nietig kunnen zijn.¹⁶⁰ Hierover zou men echter kunnen twisten, omdat het in dit soort gevallen niet gaat om een met de cao strijdig *beding*, wat artikel 12 van de Wet CAO regelt, maar om een met de cao strijdige *handeling*.

Er zijn ook werkgelegenheidsgaranties aangetroffen die ook *individuele* ontslagen om bedrijfseconomische redenen uitsluiten. Een individuele werknemer kan zich bij een eventueel ontslag niet alleen op nietigheid beroepen, maar hij kan zich ook – wanneer hij bijvoorbeeld al een nieuwe baan heeft – op kennelijk onredelijk ontslag beroepen en schadevergoeding vorderen. De werkgever heeft dan mogelijk gehandeld in strijd met het goed werkgeverschap door de werkgelegenheidsgarantie (uit de cao) niet na te komen.¹⁶¹

Cao Rabobank (hoofdstuk IV)

Voor individuele medewerkers die zich blijvend kwalificeren voor een functie, waarborgt de werkgever gedurende de looptijd van de CAO de werkgelegenheid.¹⁶²

Cao Albert Heijn distributie (protocol Werkgelegenheid)

Albert Heijn zal gedurende de looptijd van de CAO gelijkwaardig werk garanderen van de medewerkers die op 15 oktober 2010 voor onbepaalde tijd in dienst zijn van Logistics Albert Heijn bv.

Dit soort bepalingen waarbij geen voorbehoud wordt gemaakt ten aanzien van de economische situatie komen echter niet vaak voor.¹⁶³

158 M.M. Govaert en J.J.M. de Laat, 'Collectief ontslag en vernietigbaarheid', *TRA* 2012/74. Zij menen dat vernietigbaarheid beter past in het systeem van het gebruik van de termen nietigheid en vernietigbaarheid in het burgerlijk recht vanaf 1997.

159 Er is hierover echter geen rechtspraak bekend.

160 Fase/Van Drongelen, p. 121.

161 Vgl. G.J.J. Heerma van Voss e.a., 'Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010', *TRA* 2010/47.

162 Hier kan ook gesproken worden van een geconditioneerde garantie, maar de conditie betreft de kwalificaties van de individuele werknemer en niet, zoals in de meeste bepalingen, markt- of bedrijfsomstandigheden.

163 Zie verder Cao ONS Middelbaar Onderwijs (art. J1 lid 1), cao Primair Onderwijs (art. 10.2 lid 3), cao Politie (onderhandelingsakkoord 2012-2014, sub 4a).

7.8.3 Gebruik van de term garantie

Wat betekent het in dit soort gevallen dat het woord 'garantie' wordt gebruikt? In het algemeen geldt dat een overeenkomst nageleefd moet worden. Wanneer in het kader van een overeenkomst een garantie wordt afgegeven dan kan gezegd worden dat zij een zware last inhoudt voor de garant. Wanneer iemand iets garandeert, dan dient hij daarvoor in te staan.¹⁶⁴ Hoewel de garantie in de rechtspraak en de rechtspraktijk een belangrijke rol speelt, bestaat noch in de wet noch in de rechtspraak een vaststaande definitie van het begrip met vaste kenmerken en vooraf bepaalde rechtsgevolgen. Verschillende auteurs hebben dan ook moeite met het plaatsen van de garantie in ons systeem.¹⁶⁵ Een van de oorzaken hiervoor is waarschijnlijk het feit dat garanties verschillende verschijningsvormen kunnen hebben.¹⁶⁶ De garantie kan expliciet zijn, dat wil zeggen scherp omljnd, door bijvoorbeeld gebruik van woorden als 'garantie', 'garant staan' of 'ergens voor instaan', maar ook impliciet, wanneer bijvoorbeeld een product op een bepaalde wijze wordt beschreven ('de auto verkeert in goede staat'), of stilzwijgend.¹⁶⁷ Hoewel er veel verschillende soorten garanties onderscheiden kunnen worden, pleegt men twee hoofdvormen aan te wijzen: de *kwaliteitsgarantie*, waarbij de deugdelijkheid van de zaak of het werk wordt gegarandeerd en de *zekerheidsgarantie*, waarin wordt ingestaan voor het intreden of het uitblijven van een bepaald feit of bepaalde gebeurtenis. De werkgelegenheidsgarantie zal eerder onder zekerheidsgaranties geschaard kunnen worden.

De meeste schrijvers gaan ervan uit dat een garantie het beroep op overmacht (niet-toerekenbare tekortkoming) geheel of in elk geval gedeeltelijk beperkt.¹⁶⁸ Met het geven van de garantie neemt de schuldenaar bepaalde risico's op zich, ten aanzien waarvan hij zich in beginsel niet op overmacht kan beroepen. Garanties kunnen echter niet zonder meer als absoluut worden gezien.¹⁶⁹ Uitleg van de betreffende bepaling speelt een zeer grote rol in dezen.¹⁷⁰ Zoals eerder is uitgelegd en in hoofdstuk 6 aan bod is gekomen, is bij de meeste werkgelegenheidsgaranties een voorbehoud gemaakt. Het kan dus zeker zo zijn dat onder invloed van gewijzigde omstandigheden de gebondenheid aan een gegeven garantie kan worden gemitigeerd of kan vervallen.

164 Vgl. AG Vranken in HR 19 november 1993, NJ 1994/156, JAR 1993/274 (Campina/Van Jole).

165 Vgl. G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames. Over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames*, diss. Tilburg University 2002, p. 111 (zijn onderzoek richt zich op kwaliteitsgaranties). Opgemerkt dient te worden dat slechts weinigen zich hebben gewaagd aan een algemene verhandeling van het begrip, zie M.M. van Rossum (red.), *Garanties in de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2002, p. 29.

166 Garanties worden vaak in het kader van koopovereenkomsten en overnamecontracten afgegeven. Ook in huurovereenkomsten komen garanties voor: de verhuurder staat in voor alle gebreken van het pand, Van Rossum 2002, p. 12-15.

167 De garantie kan ook een derde betreffen, waarbij men zich voor een derde sterk maakt en ervoor instaat dat deze iets zal doen.

168 Zie bijv. C.J.H. Brunner en G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht Algemeen*, Deventer: Kluwer, 1999, p. 156; M.M. van Rossum (red.), *Garanties in de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2002, p. 29-33.

169 G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames. Over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames*, diss. Tilburg University 2002, p. 210.

170 Zie ook W.A. Zondag, 'Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak' *ArA* 2006/3, p. 38 (noot 123).

Ook wanneer er geen voorbehoud is gemaakt, staat het beroep op 'onvoorziene omstandigheden' open, hoewel een beroep hierop niet snel zal slagen, zoals hieronder verder wordt toegelicht.

7.8.4 'Bijzondere omstandigheden'

Zoals eerder opgemerkt, bevatten de werkgelegenheidsgaranties die in dit onderzoek zijn aangetroffen in de meeste gevallen een expliciete beperking op of een uitzonderingsgrond wanneer de garantie niet geldt. Het zijn dus geconditioneerde werkgelegenheidsgaranties.¹⁷¹ De werkgever verbindt zich ertoe de werkgelegenheid tijdens de duur van de cao op peil te houden, 'behoudens bijzondere omstandigheden'. Cao-partijen hebben dan uitdrukkelijk in de overeenkomst verdisconteerd dat na het sluiten van de cao de omstandigheden kunnen wijzigen waardoor ontslagen toch noodzakelijk kunnen blijken.

Het gaat in deze gevallen niet om 'onvoorziene omstandigheden' – die een zwaardere toets inhouden – , maar om omstandigheden waar cao-partijen rekening mee hebben gehouden. Ook hier is de *uitleg* van de cao-bepaling aan de orde.¹⁷² Zelden is echter concreet omschreven wanneer sprake is van deze (bijzondere) omstandigheden waardoor de werkgelegenheidsgarantie heroverwogen moet worden of niet meer geldt. Het is niet eenvoudig vast te stellen met welke omstandigheden de cao-partijen rekening hebben gehouden. In beginsel zal dit gewijzigde markt- of bedrijfsomstandigheden betreffen. Het zal meestal gaan om een dusdanige verandering in de economische sfeer, dat de kosten van de naleving van de werkgelegenheidsgarantie zeer sterk toenemen. Aangezien in de meeste cao-bepalingen staat "bijzondere omstandigheden", kan de vraag gesteld worden of "bijzondere omstandigheden" enigszins als *uitzonderlijke* markt- of bedrijfsomstandigheden uitgelegd moeten worden, nu aangenomen kan worden dat in de meeste sectoren de veranderingen in de economische omstandigheden inmiddels tot de normale omstandigheden behoren. De vraag is dus hoe bijzonder de omstandigheden moeten zijn. Bij de beantwoording van de vraag wat onder bijzondere omstandigheden moet worden verstaan kan de uitspraak van de rechtbank Amsterdam uit 2005 in een zaak tussen een groep werknemers en KLM als relevant worden beschouwd, aangezien het hier ging om omstandigheden betreffende de *veranderde economische situatie*.¹⁷³ De feiten in deze zaak waren als volgt. KLM maakte met iedere leerling van de KLM Luchtvaartschool een schriftelijke overeenkomst waarin onder andere het volgende stond: 'Na het verkrijgen van de voormelde bevoegdverklaring zullen de KLM en de leerling aansluitend aan de opleidingsovereenkomst een overeenkomst aangaan inhoudende een dienstverband voor onbepaalde tijd op basis van de CAO voor KLM-vliegers op vleugelvliegtuigen.' Verderop stond echter: 'In bijzondere omstandigheden kan deze

171 Zie ook W.A. Zondag, 'Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak' *ArA* 2006/3, p. 38-39.

172 Vlg. W.A. Zondag, 'Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak' *ArA* 2006/3, p. 31, 38.

173 Rb. Amsterdam 27 juli 2005, *RAR* 2005, 104.

periode worden verlengd tot maximaal zestig maanden.' In dit geval had KLM de betreffende werknemers niet binnen de in de overeenkomst genoemde termijn van 12 maanden een dienstverband voor onbepaalde tijd aangeboden, maar wel binnen de termijn van 60 maanden. Deze groep werknemers vordert een schadevergoeding in verband met onder andere inkomensderving en pensioenschade. Volgens hen slaagt het beroep van de KLM op de uitzonderingsgrond niet, omdat de omstandigheden die KLM aanvoert, namelijk trage uitstroom gepensioneerden, laag natuurlijk verloop, afgesprongen allianties, Azië-crisis, uitstel vlootvernieuwing en dergelijke, reeds bestonden vóór het aangaan van de overeenkomst, althans in redelijkheid voorzienbaar waren.

De rechtbank stelt de werknemers in het ongelijk.¹⁷⁴ Met de woorden 'in bijzondere omstandigheden kan deze periode worden verlengd' is volgens de rechtbank bij voorbaat duidelijk gemaakt dat het moment van de indiensttreding mede afhankelijk zou kunnen zijn van *externe factoren*. Een redelijke uitleg van het bepaalde in de overeenkomst brengt volgens de rechtbank met zich, dat 'onder het begrip 'bijzondere omstandigheden' mede begrepen moeten worden omstandigheden waarmee KLM bij het maken van de prognoses en ramingen omtrent instroom redelijkerwijs geen rekening heeft kunnen houden'.¹⁷⁵ De door KLM aangevoerde omstandigheden (Azië-crisis, uitgestelde allianties, typewisseling en bezuinigingsoperaties) voldoen volgens de rechtbank aan dit criterium. Sommige van deze omstandigheden zijn weliswaar binnen de risicosfeer van KLM gelegen, maar de rechtbank neemt mee dat ze 'mede afhankelijk zijn van buiten de invloedssfeer van KLM gelegen factoren'.

Onder 'bijzondere omstandigheden' kan mede begrepen worden omstandigheden waarmee de partijen redelijkerwijs geen rekening hebben kunnen houden. Waar bij het leerstuk van onvoorziene omstandigheden de omstandigheden die voor rekening komen van degene die zich erop beroept in beginsel niet tot een wijziging of een ontbinding door de rechter zullen leiden,¹⁷⁶ kan dat bij de uitleg van 'bijzondere omstandigheden' niet gezegd worden. Ook omstandigheden die binnen de risicosfeer van de werkgever liggen, kunnen een beroep op 'bijzondere omstandigheden' rechtvaardigen, mits ze (mede) afhankelijk zijn van factoren die buiten de invloedssfeer van de werkgever liggen.

7.8.5 Onvoorziene omstandigheden

Het recht voorziet in de mogelijkheid om bij onvoorziene omstandigheden de benadeelde partij niet onverkort aan de overeenkomst te houden. Dit betreft één van de klassieke leerstukken van het contractenrecht, namelijk het leerstuk van

174 R.o. 4.4. De rechtbank constateert dat het mogelijk is dat op individueel niveau anders wordt geoordeeld, maar dat de leerlingen daarvoor hun stellingen onvoldoende toegespitst hebben op het individuele geval.

175 R.o. 4.3. Cursivering aangebracht.

176 Zo bepaalt het tweede lid van art. 6:258 BW.

onvoorziene omstandigheden, ofwel *imprévision*. De toets van de onvoorziene omstandigheden is, zoals gezegd, strenger dan de toets van deze 'bijzondere omstandigheden' die al in de cao-bepaling worden genoemd. Daarbij staat de vraag centraal in hoeverre het beginsel van de contractuele gebondenheid blijft gelden wanneer er sprake is van een onvoorziene omstandigheid die onverkorte nakoming van de overeenkomst voor één van partijen zeer bezwaarlijk maakt.¹⁷⁷ Het eerste lid van artikel 6:258 BW bepaalt dat de rechter – op verlangen van een der partijen – de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.¹⁷⁸ De wetsgeschiedenis en de jurisprudentie van de Hoge Raad leert echter dat de rechter terughoudend moet zijn in het honoreren van een verzoek tot wijziging of ontbinding. De Hoge Raad heeft die terughoudendheid ook expliciet bij werkgelegenheidsgaranties benadrukt. In het arrest Campina/Van Jole¹⁷⁹ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat terughoudendheid in het bijzonder is geboden wanneer het gaat om een zonder enig voorbehoud gedane toezegging door de werkgever onder de benaming 'garantie'.¹⁸⁰ De feiten in deze zaak waren als volgt. De werknemer (Van Jole) was bij Campina in dienst als RMO-chauffeur (een chauffeur die melk vervoert). Begin 1980 zijn door vakbonden acties georganiseerd die onder andere ertoe hebben geleid dat aan RMO-chauffeurs een schriftelijke garantie is gegeven dat zij als RMO-chauffeur in loondienst kunnen blijven functioneren tot hun pensioengerechtigde leeftijd. Zo ook aan Van Jole.¹⁸¹ Vervolgens maken Campina en de vakbonden in 1989 afspraken met betrekking tot een reorganisatie van het transport bij Campina. Op basis daarvan deelt Campina Van Jole mede dat hij niet als RMO-chauffeur kan blijven werken, waarna deze akkoord gaat met een andere functie bij Campina. Dit brengt echter een inkomensvermindering voor hem mee. Hij vordert dan ook nakoming van de garantie, terwijl Campina zich beroept op gewijzigde omstandigheden.¹⁸²

177 E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'Imprévision en zelfregulering. Het belang van zelfregulering met betrekking tot onvoorziene omstandigheden in zakelijke contractuele (duur)relaties, de juridische inkadering en nadere vormgeving daarvan', *NTBR* 2006/10. Zie ook Asser 6-III* Algemeen overeenkomstenrecht, 436.

178 Art. 6:258 BW zelf roept geen verbintenis tot heronderhandeling in het leven. Mij lijkt het verdedigbaar dat in het geval een werkgelegenheidsgarantie is afgegeven of een gelijksoortige toezegging is gedaan door de werkgever, en de werkgever zich tot de rechter wendt om de gevolgen van ervan te wijzigen of geheel of gedeeltelijk te ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden, op deze werkgever de plicht rust eerst met de betrokken bonden te heronderhandelen. Bij collectieve ontslagen geldt al een verplichting tot raadpleging op grond van Wet Melding Collectief Ontslag WMCO).

179 Dat overigens als één van de standaardarresten geldt bij *imprévision*.

180 R.o. 3.3, HR 19 november 1993, *NJ* 1994/156, *JAR* 1993/274 (Campina/Van Jole).

181 In een brief was Van Jole het volgende meegedeeld: 'Wij garanderen dat U in de functie van RMO-chauffeur in loondienst kunt blijven functioneren tot Uw pensioengerechtigde leeftijd; en wel zodanig dat U de melk kunt blijven ophalen in de regio waarin U momenteel werkzaam bent'.

182 Te weten een verminderde melkaanvoer, een verminderd aantal melkveehouders, een veranderd distributienetwerk, grotere transporteenheden, een voller wegennet en goedkopere transportfaciliteiten buiten Campina.

Uit het arrest is op te maken dat wanneer een werkgelegenheidsgarantie zonder enig voorbehoud aan de individuele werknemer wordt gegeven, de rechter bijzondere terughoudendheid zal betrachten bij een beroep op gewijzigde omstandigheden door de werkgever. Ook wanneer de werkgever met de vakbonden andersoortige afspraken maakt – zoals in de zaak het geval was – dan nog dienen de individuele garanties in aanmerking te worden genomen. De Hoge Raad oordeelt dat in het geval de werkgever met de bonden een reorganisatie bespreekt, daarbij eerst onderzocht moet worden of nakoming van de garanties onverenigbaar zou zijn met verwezenlijking van het doel van de reorganisatie.¹⁸³ Pas wanneer dat het geval is, kan de omstandigheden dat er collectieve reorganisatie-afspraken zijn gemaakt in aanmerking worden genomen.¹⁸⁴

Het is overigens zeer de vraag of alle rechters de Hoge Raad hierin (nog) volgen. Zo moest de kantonrechter in Amsterdam in 2004 oordelen over een zaak waarin aan verschillende werknemers bij een overname van het bedrijf door de verkrijger individuele 'werkgaranties' waren verstrekt.¹⁸⁵ Nadat na de overgang van onderneming enige tijd is voorbijgegaan, wil de nieuwe werkgever het bedrijf reorganiseren en hij komt daarbij met de vakorganisaties een sociaal plan overeen waarbij nadrukkelijk wordt gekozen om geen rekening te houden met de eerder afgegeven individuele garanties. De werknemer waar het in deze zaak om ging, werd per 1 oktober 2002 om bedrijfseconomische gronden ontslagen terwijl hem een individuele werkgarantie was verleend tot en met 31 december 2003. De CWI had toestemming verleend, maar zij had daarbij opgemerkt dat de werkgever als goed werkgever deze garantie diende na te komen. De kantonrechter oordeelt dat de werkgever toch niet in strijd met goed werkgeverschap heeft gehandeld door de werknemer – ondanks de hem destijds verleende individuele werkgarantie – te ontslaan. Volgens de rechter vormt het respecteren van de verschillende individuele garanties een ernstige belemmering voor de werkgever bij het uitvoeren van de reorganisatie. De werkgever mocht dus redelijkerwijs bij het uitwerken van de personele gevolgen van de reorganisatie de individuele werkgaranties buiten beschouwing laten.¹⁸⁶ Dit is duidelijk een andere redenering dan die de Hoge Raad in Campina/Van Jole heeft gevolgd.

Het is niet uitgesloten dat een reorganisatie die nodig is voor het behoud van het bedrijf kan meebrengen dat in het verleden gegeven garanties aan werknemers worden gemitigeerd of opzijgezet (al dan niet met schadevergoeding of andere tegemoetkomingen).¹⁸⁷ Ik volg de A-G in de zaak Campina/Van Jole hierin dat de

183 R.o. 3.5.

184 Dit is met name waarin Campina, volgens de A-G, tekort was geschoten. Haar argumenten waren vooral gericht op de noodzaak van de reorganisatie en het feit dat er nieuwe collectieve afspraken waren gemaakt. Zij heeft niet duidelijk gemaakt hoe de individuele rechten van de chauffeurs met garantie (in casu Van Jole) zijn gewogen.

185 Ktr. Amsterdam 15 april 2004, JAR 2004/135.

186 Zie anders Ktr. Utrecht 5 februari 1991, Prg. 1991/3417, waarin de kantonrechter de werkgever gebonden acht aan de garantie, die afgegeven was voor de overname.

187 Conclusie A-G Vranken bij HR 19 november 1993, NJ 1994/156, JAR 1993/274 (Campina/Van Jole).

omstandigheden die tot de reorganisatie dwingen, in de eerste plaats ten tijde van het afgeven van de garantie inderdaad onvoorzien moeten zijn geweest en in de tweede plaats 'zodanig 'klemmend' dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een onaanvaardbare disproportionaliteit is ontstaan van het belang van de betrokkene werknemers tegenover het belang dat het bedrijf in stand kan worden gehouden'.

Hoewel de Hoge Raad hierop niet is ingegaan kan er toch vanuit worden gegaan dat de inhoud¹⁸⁸ en de wijze waarop de garantie is verstrekt bij de belangenafweging wordt meegewogen. Omstandigheden die in aanmerking kunnen worden genomen zijn bijvoorbeeld of de garantie met enig voorbehoud of beperking was gemaakt. Ook van belang kan zijn of de garantie aan de werknemers persoonlijk was gegeven (bijvoorbeeld in een persoonlijke aan de werknemer gerichte brief, zoals in het geval was bij Campina). In dit geval was de garantie ook verstrekt nadat collectieve acties plaats hadden genomen en dus ter beteugeling van arbeidsonrust.

In dit geval ging het om werkgelegenheidsgaranties die aan individuele werknemers waren verstrekt. Een werkgelegenheidsgarantie op 'collectief' niveau kan met zich brengen dat zij op een andere manier benaderd moet worden. Een aantal jaar voordat deze zaak had gespeeld, was Campina ook verwickeld in een rechtszaak omtrent een werkgelegenheidsgarantie.¹⁸⁹ Het geschil draaide om een 'convenant' dat Campina met de OR en met de vakbonden in 1980 had gesloten. In dat convenant gingen de OR en de bonden akkoord met de sluiting van een aantal bedrijfsvestigingen van Campina in Limburg. Daar stond tegenover dat Campina een aantal toezeggingen deed voor de toekomst, waaronder de toezegging dat het distributiecentrum in Sittard gehandhaafd zou blijven. In 1984 werd echter op EU-niveau besloten tot invoering van de zogenoemde 'superheffing'. Voor Nederland betekende het besluit dat de totale melkaflevering enkele procenten minder diende te zijn dan voorheen. Naar aanleiding hiervan besloot Campina in 1985 dat verdere bedrijfssluitingen onontkoombaar waren. De bonden en de OR van Campina-Sittard wensten echter onverkort aan het convenant van 1980 vast te houden. De Hoge Raad heeft in deze zaak de invoering van de EU-heffing echter wel als een onvoorziene omstandigheid aangemerkt. Een belangenafweging waarbij de individuele belangen van de werknemers worden meegewogen, is dan niet aan de orde.

188 Men kan twisten over de vraag of een bepaalde toezegging van werkgeverskant als een garantie kan worden opgevat en waartoe die garantie strekt. Zie hierover bijv. HR 21 mei 2010, *JAR* 2010/164, *RAR* 2010/100, waarin de HR uitleg moest geven aan een toezegging van de werkgever om voor een bepaalde werknemer geen procedure tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst in gang te zetten, indien die werknemer een verklaring ondertekent waarin staat dat hij met ingang van de eerst mogelijke datum gebruik zal maken van de VUT-regeling. Volgens de HR kan hieruit géén garantie worden afgeleid dat de bedoelde werknemer daadwerkelijk tot de VUT-datum in dienst mag blijven.

189 HR 10 juli 1989, *NJ* 1989/786 (FNV/Campina).

7.8 Conclusies

In principe stellen de sociale partners door middel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming de arbeidsvoorwaarden in de hele onderneming of de hele (sub)sector vast. Dit uitgangspunt is echter niet zo absoluut als het op het eerste gezicht lijkt. De cao bindt niet rechtstreeks *alle* werknemers. In dit onderzoek is nagegaan wie de sociale partners kunnen binden aan de collectieve werkzekerheidsafspraken die ze maken. Daarvoor zijn in totaal vier uitgangssituaties gebruikt. Twee enigszins vergelijkbare situaties zijn die waarin de werkzekerheidsafpraak een gedwongen transitie inhoudt en die waarin de werkzekerheidsafpraak een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden betreft.¹⁹⁰ Deze cao-afspraken hoeven niet gunstig te zijn voor elke individuele werknemer. Daarnaast is de vraag gesteld of oud-werknemers aan cao's gebonden kunnen raken. Dit is voor de werkzekerheidsdiscussie een relevante vraag, aangezien het daar juist gaat om een 'transitie-makende' werknemer. Tot slot is de afdwingbaarheid van de werkgelegenheidsgaranties aan een analyse onderworpen. In dit geval gaat het om binding van de werkgever aan de cao-bepaling.

Dat cao-partijen de door hen overeengekomen arbeidsvoorwaarden in de individuele arbeidsrelaties kunnen laten gelden, blijkt niet altijd vanzelfsprekend te zijn. Hebben ze bijvoorbeeld een nieuwe cao afgesloten die op onderdelen slechtere arbeidsvoorwaarden bevat om zo de werkgelegenheid in de onderneming of bedrijfstak veilig te stellen, dan is het niet altijd evident dat die slechtere arbeidsvoorwaarden direct doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten. Zelfs bij arbeidsovereenkomsten tussen werkgevers en werknemers die beide door lidmaatschap aan de cao gebonden zijn, hoeft het niet altijd te betekenen dat de nieuwe arbeidsvoorwaarden automatisch en dwingend doorwerken. De leer van de nawerking van oude arbeidsvoorwaarden kan dit verhinderen. Als de cao-partijen willen dat de nieuwe arbeidsvoorwaarden de oude vervangen, dan moeten zij de nieuwe arbeidsvoorwaarden in de vorm van een standaardbepaling in de cao vastleggen. Dit geldt ook wanneer de binding aan de cao stoelt op een incorporatiebeding of een algemeen verbindendverklaring.

Loonstra en Houweling staan kritisch tegenover deze leer van nawerking zoals die door de Hoge Raad is ontwikkeld. Zij zien daarin een 'verprivatisering' van het arbeidsrecht. Beter zou zijn als de nieuwe cao de oude integraal vervangt, ook wanneer deze uit economisch oogpunt minder gunstige bepalingen bevat. Het belang van het collectief moet soms boven het belang van het individu prevaleren.¹⁹¹ Mijns inziens houdt de Hoge Raad terecht vast aan zijn leer over de nawerking van cao-bepalingen. Cao-partijen kunnen gunstigere arbeidsvoorwaarden door slechtere

¹⁹⁰ Voor het gemak wordt hier uitgegaan van een verslechtering van arbeidsvoorwaarden in de vorm van een standaardbepaling. Indien het minimumbepaling zou betreffen, geldt dat deze de oude gunstigere arbeidsvoorwaarden niet automatisch vervangt, omdat zij alleen de ondergrens aangeeft.

¹⁹¹ A.R. Houweling en C.J. Loonstra, 'Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?', *TAP* 2011/5.

arbeidsvoorwaarden vervangen, maar ze moeten dan wel de betreffende cao-bepalingen expliciet een standaardkarakter geven. Nu is de bedoeling van cao-partijen ten aanzien van het minimum- of standaardkarakter zeker niet altijd duidelijk, toch mag men aannemen dat cao-partijen op de hoogte zijn van het belang van zorgvuldige formulering van cao-bepalingen. Enige onduidelijkheden hieromtrent mogen niet voor risico van de individuele werknemers komen. Het hoeft de cao-partijen niet te gemakkelijk te worden gemaakt om de individuele arbeidsovereenkomsten te modeleren. Zeker niet wanneer enige representativiteitseisen ontbreken.

Er is nog een reden waarom verslechtering van arbeidsvoorwaarden door een collectieve afspraak niet te gemakkelijk moet worden aangenomen, althans dat daarbij ten minste moet worden verlangd dat de betreffende cao-bepaling een standaardkarakter heeft. Zoals uitgelegd is een verslechtering van arbeidsvoorwaarden vaak geaccepteerd door de werknemers(organisaties), omdat de werkgever daarbij belooft dat de werkgelegenheid daardoor behouden zal blijven. Er valt echter in juridisch opzicht heel wat af te dingen bij deze 'werkgelegenheidsgaranties' in de cao.¹⁹² Slechts een zeer klein deel ervan is bijvoorbeeld ongeconditioneerd. Bij werkgelegenheidsgaranties waarbij duidelijk voorbehoud is gemaakt dat geen 'bijzondere omstandigheden' intreden, blijkt dat de werkgever vrij gemakkelijk onder de gebondenheid kan komen. Daarnaast blijken veel 'garanties' niets meer in te houden dan dat de werkgever (weer) in overleg moet treden met de werknemersorganisaties wanneer hij toch tot gedwongen ontslagen overgaat. Of de werkgever zich aan die verbintenis zal (kunnen) houden is vaak afhankelijk van meer dan zijn eigen ondernemingsbeleid. Het is ook afhankelijk van meer externe factoren dan alleen die waar hij zelf invloed op heeft. De mogelijkheid om de werkgelegenheid op peil te houden is ook 'marktgebonden'. Dit geldt echter niet voor cao-afspraken die de werknemers moeten nakomen in ruil voor werkgelegenheidsbehoud, bijvoorbeeld op het gebied van flexibiliteit. De werknemers hebben het voldoen aan hun verbintenis meestal zelf in de hand. De cao-afspraken over bijvoorbeeld arbeidsuren- of loonflexibiliteit kunnen meestal direct geïmplementeerd worden in de praktijk. Daarnaast werken zij meestal rechtstreeks door in individuele overeenkomsten, terwijl afspraken over het op peil houden van werkgelegenheid vaak obligatoir zijn. Of het 'inzetten op baan zekerheid' ook altijd werkelijk 'zekere' afspraken oplevert, is dus zeer de vraag.

192 Daarnaast kan de onderneming toch failliet gaan. Een bekend voorbeeld hier is Fokker, dat in 1996 failliet ging nadat de werknemers jarenlang afgezien hadden van loonsverhoging en uiteindelijk ook loon hadden ingeleverd.

HOOFDSTUK 8

Conclusies

8.1 Inleiding

In dit afsluitende hoofdstuk worden de belangrijkste onderzoeksresultaten uit de voorgaande hoofdstukken bijeengebracht, waarna een antwoord op de centrale onderzoeksvraag wordt gegeven. Eerst wordt kort uitgelegd wat de aanleiding voor en de doelstelling van het onderzoek waren. Voordat de resultaten aan bod komen, wordt ook uiteengezet welke subvragen zijn gesteld en hoe te werk is gegaan om tot een antwoord op die vragen te komen.

De algemene conclusies op basis van het gehele onderzoek kunnen vanuit verschillende invalshoeken worden bereikt. In de eerste plaats kan op basis van het empirische onderzoek gekeken worden of werkzekerheid reeds een rol speelt in collectieve arbeidsvoorwaardenoverleg en op welke manier een invulling wordt gegeven aan dit begrip. In de tweede plaats kunnen conclusies worden getrokken over de juridische mogelijkheden en beperkingen van het tot stand brengen van werkzekerheid door middel van het arbeidsrecht en meer in het bijzonder de cao's. Men kan op grond hiervan tot de slotsom komen of het arbeidsrecht – en meer concreet het cao-recht – de partijen in voldoende mate faciliteert om werkzekerheid te ontwikkelen. Tot slot kunnen de resultaten van deze studie geplaatst worden in een breder debat over de toekomst van het arbeidsrecht en de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de arbeidsrechtelijke invalshoek. Moeten cao's zich meer of minder instellen op werkzekerheid en waarom? Wat zijn de te verwachten gevolgen voor de cao als rechtsinstituut in beide varianten? In het derde gedeelte van dit hoofdstuk wordt uitgebreid ingegaan op deze vragen.

8.2 Doelstelling van het onderzoek en de onderzoeksvragen

Mensen hebben *werkzekerheid* wanneer ze er zeker van kunnen zijn dat ze aan het werk kunnen blijven, nu en in de toekomst, omdat ze de vaardigheden bezitten die op de arbeidsmarkt gevraagd worden en ze dus 'inzetbaar' zijn op de arbeidsmarkt, maar ook omdat de arbeidsmarkt goed functioneert, wat betekent dat er voldoende werkgelegenheid is en dat de vraag naar arbeid en het aanbod van arbeid goed op elkaar aansluiten. Niet alle mensen hebben echter werkzekerheid. Zij hebben niet (meer) de juiste vaardigheden of er is simpelweg niet genoeg werkgelegenheid. Werkzekerheid

is om die reden een beleidsstreven. Zowel op Europees als nationaal overheidsniveau is het streven aanwezig om de 'arbeidsmarktinstituties' zo in te richten dat werkzekerheid de realiteit wordt. Ook het arbeidsrecht – het rechtsgebied dat de relatie tussen werkgevers en werknemers reguleert – zou volgens de beleidsmakers gericht moeten zijn op (het vergroten van) werkzekerheid. Daarbij wordt met name gehoopt dat werkzekerheid leidend wordt bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Het arbeidsrecht biedt immers de collectieve vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers manieren om zelfstandig afspraken te maken waar de individuele werkgevers en werknemers, die zij vertegenwoordigen, zich vervolgens aan moeten houden. Deze collectieve overeenkomsten kunnen – meer dan wetgeving – inspelen op de diversiteit aan preferenties ten aanzien van de combinatie van flexibiliteit en zekerheid die op de huidige arbeidsmarkt bestaat. Werkzekerheid is namelijk een beleidsstreven, onder andere omdat zij zich laat combineren met flexibiliteit op de arbeidsmarkt. Een flexibele en tegelijkertijd een zekere arbeidsmarkt wordt door de beleidsmakers geacht in het algemeen belang te zijn, waarbij met zekerheid vooral deze werkzekerheid bedoeld wordt. Dikwijls wordt werkzekerheid daarbij gepresenteerd als een vervanging voor baanzekerheid, waarvan doorgaans wordt aangenomen dat de laatste het arbeidsrecht tot nu toe heeft 'gedomineerd'.

Dit onderzoek heeft een tweeledige doelstelling, namelijk om een rechtstheoretische beschouwing te geven van werkzekerheid als *arbeidsrechtelijke* doelstelling en om een verkenning te maken van de mogelijkheden en de beperkingen van de cao als juridisch instrument om werkzekerheid te regelen. Dit laatste was nodig, omdat beleidsdocumenten niet aangeven *hoe* cao's werkzekerheid kunnen realiseren. De aanleiding voor de eerste doelstelling is de constatering dat werkzekerheid als concept de kern van het arbeidsrecht lijkt te raken, namelijk de wijze waarop werknemers juridisch (zouden moeten) worden beschermd, terwijl die kern ook in de academische arena – en ook los van werkzekerheidsbeleid – steeds meer bediscussieerd wordt. In de literatuur wordt onder meer benadrukt dat de veranderingen in de manier waarop we werken nopen tot een heroriëntatie op de fundamenteën van het arbeidsrecht. Kan werkzekerheid daarbij inderdaad als een (deel van de) 'oplossing' dienen? Die vraag kan worden beantwoord wanneer onderzoek is gedaan naar de legitimiteit en de wenselijkheid van werkzekerheid.

In het onderzoek diende eerst de betekenis van de termen werkzekerheid en baanzekerheid verhelderd te worden en dan met name hun juridische betekenis en de (potentiële) implicaties voor het arbeidsrecht. Daarbij is baanzekerheid steeds in de context van werkzekerheid benaderd. Werkzekerheid is op haar beurt voornamelijk geplaatst binnen de context van flexicurity. Daarnaast wordt aandacht besteed aan het Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid dat gebaseerd is op het Sociaal Akkoord van 2013 en waarin werkzekerheid wordt gepresenteerd als het 'overkoepelende uitgangspunt van het hedendaagse arbeidsmarktbeleid'.¹ Ook een definitie van beide termen moest ten behoeve van dit onderzoek geformuleerd worden, daar beide

1 *Kamerstukken II 2013-2014, 33818, nr. 3 (MvT)*, p. 46. Het wetsvoorstel is op 18 februari 2014 aangenomen door de Tweede Kamer.

termen niet reeds een vaststaande en onomstreden definitie hebben. Specifiek voor dit onderzoek – waar vooral de cao centraal staat – moest samen met het formuleren van een functionele definitie ook een afbakening van het onderwerp plaatsvinden. Na deze bestudering van werk- en baan zekerheid op basis van beleidsdocumenten volgde een benadering van beide concepten vanuit het (arbeids)recht. Hebben werk- en baan zekerheid al een plaats in het recht? Het antwoord op die vraag zou iets kunnen zeggen over de legitimiteit van werk zekerheid als beleidsstreven. Het tweede hoofdstuk had betrekking op deze (deel)vraag: *wat betekenen de termen werk zekerheid en baan zekerheid in de beleidsmatige respectievelijk juridische context en welke rol heeft het arbeidsrecht hierin?*

Voor een rechtstheoretische beschouwing van werk zekerheid is ook nodig iets te weten over de *wenselijkheid* van werk zekerheid. Die vraag kwam in het derde hoofdstuk aan bod. Omdat de vraag naar wenselijk vanuit veel verschillende invalshoeken benaderd kan worden (met als gevolg dat waarschijnlijk veel verschillende antwoorden op die vraag gegeven kunnen worden), was hier gekozen om de *verschuiving* van baan- naar werk zekerheid als uitgangspunt te nemen en te kijken of die verschuiving verenigbaar is met – wat hier wordt genoemd – de fundamentele uitgangspunten van het arbeidsrecht. Omdat dit ook een zeer breed kader voor beschouwing geeft, hebben vervolgens centraal gestaan de twee in de literatuur meest aangetroffen redenen waarom die verenigbaarheid wordt betwist. De eerste reden heeft betrekking op de aard van werk zekerheid enerzijds en de aard van het arbeidsrecht anderzijds. Werk zekerheid zou een economische doelstelling zijn, terwijl het arbeidsrecht een sociaal doel nastreeft. In de tweede plaats zou de verschuiving van baan- naar werk zekerheid niet stroken met de manier waarop het arbeidsrecht de werknemers beschermt. De vraag of werk zekerheid samen kan gaan met de fundamentele uitgangspunten van het arbeidsrecht doet zich ook gelden ten aanzien van de stelling dat werk zekerheid het beste vorm kan krijgen in cao's. Vertrekkend vanuit het fundamentele recht op collectief onderhandelen kunnen een aantal functies of doelstellingen van de cao worden afgeleid. De vraag is vervolgens geformuleerd hoe het vormgeven van werk zekerheid past bij deze 'traditionele' functies.

Het voorgaande had steeds betrekking op een theoretische beschouwing van (baan- en) werk zekerheid, in die zin dat het voornamelijk ging om de vraag hoe in de literatuur wordt gedacht over werk zekerheid en het arbeidsrecht. Relevant in dit kader is echter ook de vraag in hoeverre nu gezegd kan worden dat het arbeidsrecht inderdaad gericht is op baan zekerheid. Dit is immers een assumptie die steeds in de (met name Europese) beleidsteksten voorkomt. Die assumptie is getest in het vierde hoofdstuk door te onderzoeken op welke manier werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd beschermd worden tegen ontslag. Ook de regels omtrent het type contract dat de partijen mogen sluiten is daarbij (kort) in aanmerking genomen. Hierbij is ook steeds gekeken of van enige gerichtheid op werk zekerheid gesproken kan worden. De (aanvullende) regels die uit de cao's kunnen voortvloeien zijn in dit gedeelte echter nog buiten beschouwing gelaten.

De cao als voornaamste resultaat van het collectieve overleg is hierna centraal komen te staan. De vraag die centraal stond in het vijfde hoofdstuk luidt: *welke juridische ruimte hebben cao-partijen om werkzekerheid dan wel baanzekerheid te regelen?* Hier is het juridische kader onderzocht waarbinnen cao's worden gesloten. Het doel was om de belangrijkste juridische normen te onderzoeken waarmee cao-partijen rekening moeten houden bij het sluiten van collectieve afspraken en na te gaan welke mogelijke gevolgen deze normen kunnen hebben voor de ontwikkeling van werkzekerheid door middel van cao's. Vervolgens is in het zesde hoofdstuk de stap gemaakt naar het onderzoek van de huidige praktijk van de invulling van werkzekerheid in cao's. De vraag die hier centraal stond, was dus empirisch van aard: *op welke manier wordt in cao's momenteel inhoud gegeven aan werkzekerheid?* Een onderzoek naar de teksten van ruim 100 cao's heeft als basis gediend voor deze analyse. De rechtsgevolgen van de gevonden 'werkzekerheidsafspraken' zijn tot slot in het zevende hoofdstuk geanalyseerd. Daarmee komt men op de vraag wat dit alles betekent voor de individuele werknemer. De onderzoeksvraag die centraal stond, was: *wat is het juridische bereik en de juridische werking van de collectieve afspraken over werkzekerheid?*

8.3 Recapitulatie van de belangrijkste bevindingen

8.3.1 Werkzekerheid als beleidsstrategie en de rol van het arbeidsrecht

Zowel op nationaal als op internationaal beleidsniveau wordt ingezet op werkzekerheid: iedereen die niet op een andere manier in zijn bestaan kan voorzien, moet bijdragen aan de maatschappij door middel van het verrichten van economisch nuttige arbeid. Men moet 'participeren' door te werken. De rol van de overheid is erin gelegen om de beroepsbevolking *in staat te stellen* deze bijdrage te kunnen (blijven) leveren. Werkzekerheidsbeleid komt erop neer dat alle instituties – inclusies het arbeidsrecht en de cao's – zo worden ingericht dat ze mensen in staat stellen om (uiteindelijk) economisch nuttige arbeid te verrichten. In de sociale zekerheid was deze ontwikkeling naar het centraal stellen van arbeidsparticipatie (door middel van 'activering') al veel langer zichtbaar. De veranderingen in de arbeidsongeschiktheids-wetgeving van de afgelopen drie decennia hebben bijvoorbeeld stelselmatig herintreding en arbeidsparticipatie door middel van aangepast werk als doel gehad. Nu is het doel om ook de mensen die al een baan hebben voor te bereiden op de mogelijke veranderingen op de arbeidsmarkt door ze in staat te stellen hun kennis en vaardigheden te blijven ontwikkelen en door ze – waar nodig – te helpen een transitie te maken naar een andere baan wanneer de huidige baan dreigt te verdwijnen; dit bij voorkeur zonder werkloos te worden. Individuele inzetbaarheid (of employability) aan de ene kant en transities op de arbeidsmarkt aan de andere kant vormen samen de twee belangrijkste pijlers waar het werkzekerheidsbeleid op rust.

In de literatuur wordt werkzekerheid vaak tegengesteld gemaakt aan baanzekerheid. Bij baanzekerheid ontnemen mensen hun bestaanszekerheid aan het hebben en het kunnen continueren van de huidige baan. De beleidsterm werkzekerheid daarentegen duidt op zekerheid op de arbeidsmarkt, in de zin dat mensen steeds werk kunnen

vinden. Baanzekerheid heeft dus te maken met de continuïteit van het huidige dienstverband, terwijl werkzekerheid naar de continuïteit van de loopbaan verwijst. Op die manier zijn de twee begrippen ten behoeve van dit werk door mij gedefinieerd. Het is echter niet eenvoudig gebleken om zowel baan- als werkzekerheid (als zojuist gedefinieerd) te vertalen naar de juridische context, ook al worden ze inmiddels ook in de juridische literatuur dikwijls gebruikt. Het is daarbij behulpzaam gebleken om eerst te constateren dat de twee concepten zich op hetzelfde (deel)terrein bevinden van het bredere werkgelegenheidsvraagstuk. Dit vraagstuk wordt ook in de juridische literatuur behandeld. Werkgelegenheid is immers geformuleerd als een recht. Het is zelfs een fundamenteel recht: het recht op arbeid. Het recht op arbeid als grondrecht brengt voor de overheid in de eerste plaats een programmatische inspanningsverplichting mee om het voor iedereen mogelijk te maken in zijn onderhoud te voorzien door middel van werk. Een werkzekerheidsprogramma met zijn specifieke nadruk op inzetbaarheid (employability) en van-baan-naar-baan-transities kan voor de overheid een manier zijn om het grondrecht op arbeid te realiseren. Vanuit het grondrechtelijk perspectief is het dus *legitiem* als de overheid werkzekerheid voor iedereen nastreeft. Het doel is hetzelfde en ook de onderliggende visie op wat werk voor mensen betekent, komt overeen.² Met werkzekerheid geeft de overheid geen recht op een baan en dat hoeft zij ingevolge van het recht op arbeid ook niet te doen. Een dergelijke taak voor de overheid is binnen ons maatschappelijke bestel ook nooit aanvaard.

Het grondrecht op arbeid brengt echter wel mee dat de overheid bij het verhogen van de kansen op werk *tegelijkertijd* oog heeft voor de *kwaliteit van het werk* dat op de arbeidsmarkt te krijgen is. Dit is een aspect waar werkzekerheid als beleidsstrategie momenteel weinig oog voor heeft. Ik bepleit dat werkzekerheidsbeleid dat (tevens) gericht is op afbraak van de bescherming tegen onredelijk ontslag, op gespannen voet staat met de normatieve implicaties van het recht op arbeid. In dit kader moet werkzekerheid enige mate van baanzekerheid inhouden, in die zin dat de werknemer niet op ieder willekeurig moment en zonder een redelijke grond zijn baan kan verliezen.

8.3.2 De wenselijkheid van werkzekerheid

Wat zouden de redenen kunnen zijn om werkzekerheid als doelstelling voor het arbeidsrecht af te wijzen? Eén reden is hierboven al genoemd. Wanneer werkzekerheid betekent dat baanzekerheid 'afgebroken' zou moeten worden, dan slaat men onvoldoende acht op de kwaliteit van arbeid, wat op gespannen voet staat met het grondrecht op arbeid. Werkzekerheid zou dan haar legitimiteit verliezen. In de literatuur kan men echter ook vaak een ander argument aantreffen tegen werkzekerheid als doelstelling van het arbeidsrecht. Met werkzekerheid krijgt het arbeidsrecht vooral een *economisch* doel, terwijl zijn *sociale* doel – dat van een rechtvaardige

2 Bij werkzekerheid zijn echter ook argumenten van economische aard zeer belangrijk, zoals de noodzaak van arbeidsparticipatie voor de economische groei en de noodzaak om overheidsuitgaven te verminderen.

samenleving – blijft bestaan. Met name op EU-niveau worden beide doelen *tegelijkertijd* nagestreefd.³ Officieel prevaleert het een niet boven het ander, hoewel opgemerkt moet worden dat er veel kritiek is op dit officiële EU-standpunt. In de arbeidsrechtelijke literatuur zien we juist vaak de stelling ingenomen dat de (fundamentele) sociale doelen prioriteit zouden moeten hebben, althans dat daar door het economische beleid geen inbreuk op zou mogen worden gemaakt. Het vereenzelvigen van het (nationale) arbeidsrecht met enkel de sociale doelen creëert echter een schijnbaar onverenigbare tegenstelling die in het arbeidsrecht niet (op die manier) bestaat. Het Nederlandse arbeidsrecht heeft de sociale doelen altijd nagestreefd *in de context van de markteconomie*. Dit wil niet zeggen dat er geen spanningen zijn tussen het EU-beleid en het 'traditionele' arbeidsrecht, maar alleen het feit dat werkzekerheid deel uitmaakt van een arbeidsmarktbeleid vormt onvoldoende grond om het als doelstelling af te wijzen. Mijn conclusie is dan ook dat werkzekerheid niet zo ver van de 'fundamenten' van het arbeidsrecht af staat dat zij daarmee onverenigbaar zou zijn. Zij kan baanzekerheid zeer zeker aanvullen, doch niet (volledig) vervangen. Het hebben van werk zegt nog niets over de kwaliteit van dat werk, terwijl het hebben van een goede baan nog niets zegt over iemands mogelijkheid om *ander* werk te vinden.

De vraag naar de verenigbaarheid van werkzekerheid met het *cao-recht* maakt onmiskenbaar deel uit van de vraag naar de verenigbaarheid met het arbeidsrecht. Als twee voornaamste functies van de *cao* worden in de doctrine de vredesfunctie en de beschermingsfunctie genoemd. De eerste verwijst naar collectieve onderhandelingen als geschilbeslechtinginstrument en de *cao* als 'vredesakkoord' en de tweede naar de collectiviteit als de manier om de ongelijkheid tussen de werkgever en de werknemer te compenseren. Het is mogelijk dat werkzekerheid niet of moeilijk in te passen is bij deze twee functies. Vooral wanneer in aanmerking wordt genomen dat werkzekerheid als zekerheid op de arbeidsmarkt of als zekerheid op basis van eigen capaciteiten moet worden opgevat en niet als zekerheid ten opzichte van de werkgever, zou een dergelijke constatering niet vergezocht zijn. De collectieve arbeidsvoorwaardenvorming is echter een autonoom stelsel, wat betekent dat de partijen zelf in de hand hebben of ze met de invulling van werkzekerheid nog steeds de oude functies van de *cao* blijven dienen. *Dat* ze de oude functies van vrede en (vooral) bescherming moeten blijven dienen, vindt zijn verklaring in het feit dat het dienen van die functies de reden is waarom de *cao* de plaats inneemt in het juridische bestel die hij vandaag de dag inneemt.⁴

Het is mijns inziens mogelijk om werkzekerheid te verenigen met de beschermingsfunctie van de *cao*. Werkzekerheid kan namelijk ook worden uitgelegd als een vorm van bescherming van de werknemer. Het gaat dan echter om bescherming tegen de risico's op de arbeidsmarkt en minder om bescherming tegen de (overmacht van de)

³ Flexicurity dient daarbij als een 'verzoeningsmodel'.

⁴ Hiermee wordt bedoeld dat de *cao* een speciale plaats in het rechtssysteem heeft die andere overeenkomsten niet hebben. Daarbij kan men denken aan het algemeen verbindend verklaren van de *cao* of aan driekwart dwingend recht. Die plaats krijgt de *cao*, omdat hij de vredesfunctie en beschermingsfunctie dient.

werkgever, zoals bescherming in het arbeidsrecht traditioneel wordt opgevat. Bij verlies van de huidige baan, zal men in de meeste gevallen toch een andere baan moeten vinden. Een financiële vergoeding als compensatie voor het verlies van de baan zal in lang niet alle gevallen voldoende compensatie zijn. Inzetbaar zijn op de arbeidsmarkt, in de zin van dat de werknemer gemakkelijk van baan kan wisselen wanneer hij of zij dit zelf wenst of wanneer dit noodzakelijk blijkt, kan daarnaast bijdragen aan de weerbaarheid van de werknemer en dus aan ongelijkheidscompensatie. Werkzekerheid hoeft dus niet onverenigbaar te zijn met ongelijkheidscompensatie. Het is de vermindering van de ontslagbescherming – waar werkzekerheid vaak aan wordt gekoppeld – die op gespannen voet kan staan met de ongelijkheidscompensatie. Niet zo zeer omdat daarmee baanzekerheid afneemt, maar omdat werknemers belang blijven hebben bij bescherming tegen ongerechtvaardigd of onredelijk ontslag, ook wanneer het zeer inzetbare werknemers betreft die snel weer een andere baan kunnen vinden.

Feit blijft echter dat bij werkzekerheid die 'zekerheid' in beginsel niet uitgeoefend kan worden ten opzichte van de werkgever. Gaat het bij baanzekerheid primair om de relatie werkgever – werknemer, bij werkzekerheid wordt de focus verlegd naar de plaats die de werknemer inneemt op arbeidsmarkt. De werkgever kan investeren in werkzekerheid en de werknemer helpen om zijn marktwaaarde te vergroten. In hoeverre de werknemer deze investeringen zal kunnen verzilveren blijft echter een onzeker gegeven. Dit kan een reden zijn voor de vakbonden om baanzekerheid na te blijven streven: werkzekerheid is in dat opzicht minder concreet dan baanzekerheid. Verder is een mogelijk 'spanningsveld' gesignaleerd tussen de geïndividualiseerde aanpak in arbeidsvoorwaardenarrangementen die werkzekerheid lijkt te vereisen en de zogenoemde standaardsetting van arbeidsvoorwaarden in cao's. Een gestandaardiseerde employability-aanpak kan door het algemeen verbindend verklaren van cao's alleen maar versterkt kunnen worden. De collectieve afspraken op dit terrein zouden ruimte moeten bieden om de arrangementen in het kader van werkzekerheid zo veel mogelijk af te stemmen op de individuele werknemer.

8.3.3 In hoeverre is het arbeidsrecht gericht op baan- dan wel werkzekerheid?

Wanneer men tracht de beleidstermen werk- en baanzekerheid in de juridische context te plaatsen, dan moet men starten bij de constatering dat zowel werk- als baanzekerheid in relatieve zin opgevat moeten worden. Bij werkzekerheid hebben mensen geen garantie op een baan en bij baanzekerheid kan evenmin van absolute zekerheid gesproken worden dat de baan behouden blijft. Het is voor de werkgever naar huidig recht zeker niet onmogelijk om een arbeidsovereenkomst eenzijdig te beëindigen, maar het recht belemmert ontslag wel door inhoudelijke, procedurele en in sommige gevallen financiële voorwaarden te stellen waaraan het ontslag moet voldoen. Deze voorwaarden vloeien voort uit het ontslagrecht. Baanzekerheid is op het eerste gezicht primair met het ontslagrecht verbonden. Hoe strikter de ontslagregels, hoe meer baanzekerheid de werknemer heeft. Ook (de hoogte van) de ontslagvergoeding krijgt als zodanig in de huidige discussie veel aandacht. Vooral op nationaal niveau lijkt de hoogte van de ontslagvergoeding soms zelfs leidend in het

debat over het ontslagrecht.⁵ Werkzekerheid komt hier (weer) in beeld. De redenering is dat wanneer de werknemer (snel) ander werk heeft, het inkomensverlies niet optreedt of (zeer) beperkt wordt, waardoor de grondslag voor een ontslagvergoeding wegvalt.

Baanzekerheid is echter ook met andere onderdelen van het arbeidsrecht verbonden dan alleen het ontslagrecht. Het ontslagrecht heeft met name de bovengeschetste gevolgen wanneer we te maken hebben met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en andere 'flexibele' overeenkomsten zijn bij het einde van de arbeidsrelatie niet dezelfde regels van toepassing. Uitgaande van de continuïteit van het dienstverband als de meest accurate definitie van baanzekerheid, moet geconstateerd worden dat bij mensen met flexibele arbeidsovereenkomsten die continuïteit veel minder gewaarborgd is, waardoor zij over het algemeen minder baanzekerheid hebben. De regels omtrent het type contract dat de partijen mogen sluiten, moeten dus ook in aanmerking worden genomen wanneer we willen weten of en hoe het arbeidsrecht bijdraagt tot continuïteit of stabiliteit van de arbeidsrelatie.⁶

Baanzekerheid is echter ook bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd relatief. Wanneer de werkgever een geldige reden voor ontslag heeft en hij volgt de procedurele regels, dan kan hij de arbeidsovereenkomst opzeggen of laten ontbinden. Het zijn vooral die procedurele regels die in Nederland ter discussie staan. Ze zouden te omslachtig en kostbaar zijn, terwijl ze ook nog tot ongelijke uitkomsten kunnen leiden. Voorts zou de bescherming tegen economisch ontslag in Nederland te veel neerkomen op 'financiële bescherming'. Bovendien leidt de Kantonrechttersformule ertoe dat de vergoeding hoger wordt naarmate de arbeidsovereenkomst langer heeft geduurd en naarmate de werknemer ouder is (de gewogen dienstjaren). Dit zou de arbeidsmobiliteit in de weg staan: het 'loont' om te blijven zitten waar men zit.⁷ De kennelijk-onredelijk-procedure is wezenlijk anders op dit punt. De Hoge Raad heeft expliciet geoordeeld dat het einde van de arbeidsovereenkomst an sich een werknemer geen recht op een financiële voorziening geeft. Hier kan men dus de stelling dat ontslagbescherming vooral financiële bescherming is, zeker nuanceren.⁸ De kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure blijkt in de meeste gevallen goedkoper te zijn dan de ontbindingsprocedure. Men verwacht (ook zonder ingrijpen van de wetgever) een zekere 'reflexwerking' naar de ontbindingsprocedure, wat er vermoedelijk toe zal leiden dat ook daar meer maatwerk en lagere vergoedingen komen. Wanneer de Wet Werk en Zekerheid in werking treedt, zal de financiële bescherming

5 Verschillende voorstellen ter maximering van de ontslagvergoeding zijn in de afgelopen jaren naar voren gebracht.

6 In de afgelopen jaren zijn deze regels versoepeld en mede als gevolg daarvan is het aandeel werkenden met een flexibele arbeidsovereenkomst toegenomen.

7 De kantonrechttersformule is in 2008 zo gewijzigd dat over de volle breedte standaard een lagere ontslagvergoeding voortvloeit dan voor die tijd het geval was.

8 In die procedure moet eerst worden vastgesteld of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag en pas wanneer dat het geval is, ontstaat een recht op een schadevergoeding. Bij de vaststelling van de hoogte van die vergoeding hoeft het feit dat iemand lang bij een werkgever heeft gewerkt geen rol te spelen, zoals standaard het geval is bij de Kantonrechttersformule.

nog verder afnemen, aangezien de ‘transitievergoeding’ (veel) lager is dan de vergoeding op basis van de Kantonrechtersformule.

Interessant is echter dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad over kennelijk onredelijk ontslag de mate van werkzekerheid die de werknemer in kwestie heeft en de mate waarin de werkgever daartoe heeft bijgedragen een (grote) rol speelt bij het bepalen of een recht op schadevergoeding bestaat en wat de hoogte van de schadevergoeding moet zijn. Volgens de Hoge Raad is de grondslag voor de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag namelijk gelegen in de schending van het goed werkgeverschap. De rechter kan⁹ schending van het goed werkgeverschap vaststellen wanneer de werkgever heeft nagelaten tijdens de arbeidsrelatie in de (bredere) vaardigheden van de werknemer te investeren en/of wanneer hij hem geen ander passend werk heeft aangeboden in het geval van overtolligheid. Voorts kan (en wordt) de werknemer aangerekend wanneer hij niet aan zijn inzetbaarheid heeft willen werken en/of wanneer hij ander passend werk heeft geweigerd. In de kennelijk-onredelijk-procedure houdt de rechter steeds meer rekening met werkzekerheid – de continuïteit van de loopbaan – van de werknemer in kwestie en de mate waarin de werkgever daartoe positief dan wel negatief heeft bijgedragen. Bij de ontbindingsprocedure heeft de invloed van werkzekerheid (ook uitgelegd als de arbeidsmarktperspectieven van de werknemer) een veel kleinere rol. Deze (groter wordende) invloed van werkzekerheid op de schadevergoeding bij ontslag is echter nog in ontwikkeling. Het is momenteel voor de werknemer en de werkgever op voorhand niet duidelijk welke consequenties de arbeidsmarktperspectieven van de werknemer kunnen hebben voor zijn ontslagvergoeding.¹⁰ Deze ontwikkeling zal zich echter waarschijnlijk niet meer in deze vorm verder kunnen voortzetten. Met de nieuwe ontslagregels – zoals ze voortvloeien uit de Wet Werk en Zekerheid – is gekozen voor een gestandaardiseerde ontslagvergoeding, genaamd transitievergoeding. Een nieuwe ontwikkeling in de verhouding tussen werkzekerheid en de transitievergoeding zal vermoedelijk beginnen, aangezien het werkgevers mogelijk wordt gemaakt om investeringen in employability op de transitievergoeding in mindering te brengen. Tegelijk wordt echter de werkgever die niet in employability heeft geïnvesteerd hierop niet afgerekend, zoals dat wel mogelijk was bij kennelijk onredelijk ontslag. Ook is de ruimte om de werkelijke gevolgen van het ontslag mee te wegen bij de gestandaardiseerde transitievergoeding veel kleiner. Dat de transitievergoeding ook wordt uitgebreid naar tijdelijke arbeidsovereenkomsten die ten minste twee jaar hebben geduurd, is echter – in het licht van werkzekerheid bij deze vormen van arbeidsrelaties – positief.

Samenvattend kan men vaststellen dat het *huidige* arbeidsrecht in zekere zin een mate van baan zekerheid nastreeft, maar dat deze baan zekerheid nooit absoluut is en hierin niet de primaire bescherming van de werknemer gelegen is. Het arbeidsrecht tracht de werknemer tegen *onredelijk* ontslag te beschermen waardoor een zekere

9 De rechter doet dit ook geregeld.

10 Men kan deze ontwikkeling daarom wellicht onwenselijk betitelen.

continuïteit van de arbeidsrelatie gewaarborgd wordt. Wanneer er echter een redelijke grond voor ontslag bestaat, welke grond ook gevormd kan worden door economische overwegingen aan werkgeverszijde, dan is de continuïteit van de dienstbetrekking niet langer gewaarborgd. Ontslagen die achteraf onredelijk blijken tracht de wet meestal te compenseren door het bieden van een financiële genoegdoening aan de werknemer. Een financiële vergoeding bij het einde van de arbeidsrelatie is echter niet vanzelfsprekend.

8.3.4 De mogelijkheid van de cao als juridisch instrument om baan- dan wel werkzekerheid te regelen

De ruimte die cao-partijen hebben om de inhoud van de cao te bepalen wordt in de eerste plaats beheerst door het overeenkomstenrecht. Contractsvrijheid geldt daarbij als uitgangspunt. Dat betekent echter niet dat cao-partijen een onbegrensde vrijheid ten aanzien van de inhoud hebben. De belangrijkste begrenzing vormen de dwingende wettelijke regels die de individuele arbeidsrelatie beheersen. Hoewel vaak wordt gezegd dat de sociale partners het primaat hebben, moeten zij de wetgever vaak voorlaten in het bieden van een (minimum)bescherming aan de werknemer. Het aantal wettelijke regels dat driekwart dwingend is – waarvan dus alleen bij cao mag worden afgeweken – is echter aan het toenemen. De juridische ruimte voor cao-partijen wordt daarmee groter. Ook de Wet Werk en Zekerheid zal op het gebied van het materiële ontslagrecht meer ruimte voor cao-partijen introduceren.

Wat het employability-aspect van werkzekerheid betreft bestaan er echter (nog) weinig tot geen wettelijke regels, wat betekent dat op dit gebied cao-partijen een zeer grote vrijheid hebben om employability-beleid en employability-aanspraken zo in te richten als ze zelf wensen. Sterker nog, zij zijn als ‘regelgevers’ op dit vlak zeer belangrijk, omdat er bij afwezigheid van enige cao-bepalingen hieromtrent nauwelijks wettelijke verplichtingen voor de werkgever bestaan. Bij het transitie-aspect zijn er echter meer beperkingen. Interne transities die gepaard gaan met wijziging van arbeidsvoorwaarden zijn door het arbeidsrecht sterk ‘gereguleerd’. Ook de transities van de ene naar de andere werkgever – en dus de beëindiging van de arbeidsrelatie – is een gebied dat wettelijk in grote mate is gereguleerd. Dit is echter meer het geval bij individuele dan bij collectieve beëindigingen. Cao-partijen hebben bij collectieve ontslagen in ieder geval veel meer invloed dan bij individuele ontslagen.

Ten aanzien van de inhoud van cao's dienen de cao-partijen verder rekening te houden met de individuele grondrechten van werknemers. Met name het gelijkheidsbeginsel is hier van belang. Tussen deze twee fundamentele rechten (het recht op vrij collectief onderhandelen en het recht op gelijke behandeling) geldt een complexe relatie, die momenteel aan verandering onderhevig is. Cao-partijen maken dikwijls onderscheid tussen groepen van werknemers wat betreft de arbeidsvoorwaarden. Ook bij werkzekerheidsaspecten wordt dikwijls onderscheid gemaakt, vooral waar het transitie-bepalingen betreft. Leeftijdsonderscheid komt het vaakst voor. Zo kan voor jonge(re) werknemers een andere regeling gelden dan voor oude (re) werknemers. Meestal maken cao-partijen dit onderscheid om zo ‘maatwerk’ te

leveren. Soms kunnen echter ook enkel financiële redenen de doorslag geven. Leef-tijdsonderscheid kan objectief gerechtvaardigd zijn wanneer de cao-partijen daarmee een legitiem doel nastreven en de middelen die ze aanwenden voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. In mijn onderzoek heb ik geconstateerd dat de sociale partners vooralsnog redelijk veel ruimte krijgen om leeftijdsonderscheid bij collectieve afspraken toe te passen, mits ze dit onderscheid niet (enkel) op financiële gronden baseren. Steeds meer wordt echter (terecht) van ze verlangd om objectieve rechtvaardigingsgronden aan te voeren voor het gemaakte onderscheid. Daarbij is het niet voldoende om enkel naar de aspecten van collectiviteit en solidariteit te verwijzen. Het enkele feit dat het om een collectieve regeling gaat waar representatieve vakbonden betrokken waren, wil nog niet zeggen dat het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Sociale partners moeten, kortom, rekening houden met het gelijkheidsbeginsel bij het maken van collectieve afspraken.

Ook ten aanzien van uitzendkrachten wordt echter vaak onderscheid gemaakt in cao's. Meestal gebeurt dit door de rechten van uitzendkrachten die ze op grond van het 'opvolgend werkgeverschap' zouden moeten hebben, sterk te verminderen. Hun arbeidsverleden bij de inlener telt dan voor de 'keten van arbeidsovereenkomsten' niet of slechts als één arbeidsovereenkomst mee. Dit is nadelig voor zowel hun werkzekerheid, uitgelegd als continuïteit van de loopbaan, als voor hun baan-zekerheid, uitgelegd als continuïteit van het dienstverband. Als sociale partners hebben ze echter die bevoegdheid van de (Europese) wetgever gekregen om af te wijken van het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten. Tegelijk lijkt de ruimte die sociale partners hebben om het gebruik van uitzendkrachten aan banden te leggen of om bijvoorbeeld voor te schrijven dat een uitzendkracht na verloop van tijd door de inlener in dienst moet worden genomen, veel kleiner geworden als gevolg van de Europese wetgeving (en met name Uitzendrichtlijn). Dergelijke beperkingen op het gebruik van uitzendkrachten – ook voor zover ze in cao's zijn opgenomen – moeten worden heroverwogen.

8.3.5 Werkzekerheid in cao's

Uit het empirische onderzoek dat ik heb verricht blijkt dat werkzekerheid door de sociale partners als doelstelling is overgenomen bij collectieve onderhandelingen. Zowel het idee dat werknemers blijvend aan hun inzetbaarheid moeten werken en dat ze bij dreigend ontslag (adequaat) moeten worden begeleid naar een andere baan als de expliciete term werkzekerheid zijn terug te vinden in cao-afspraken.¹¹ Het feit dat de sociale partners werkzekerheid hebben 'omarmd' wil echter niet zeggen dat ze er precies hetzelfde onder verstaan als de nationale en Europese beleidsmakers. *Werkgelegenheidsbehoud* is in veel cao's onderdeel van het werkzekerheidsbeleid, terwijl dit aspect door velen eerder onder baan-zekerheid geschaard zal worden. Dit neemt niet weg dat ook afspraken worden gemaakt over onderwerpen als employability en van-baan-naar-baan-transities. Slechts een deel van de cao-bepalingen over

11 Dit blijkt althans uit de cao-teksten. Ik heb niet onderzocht in hoeverre daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt van deze regelingen en welk effect ze hebben.

werkzekerheid kunnen gekwalificeerd worden als normatieve bepalingen. Het andere deel betreft afspraken die slechts tussen de cao-partijen gelden. Meestal leggen de partijen zich dan de verplichting op om over werkzekerheid te blijven praten.

Daarnaast blijkt duidelijk dat men nog aan het zoeken is hoe werkzekerheid vertaald kan worden naar concrete acties of concrete arbeidsvoorwaarden. Andere concrete arbeidsvoorwaarden dan scholing – onderwerp dat traditioneel in veel cao's voorkomt – zijn (nog) niet wijdverbreid. Daarnaast kan geconstateerd worden dat er een aanzienlijk verschil tussen de cao's bestaat wat betreft de tijd of het budget dat de werknemer aan scholing mag besteden. Wat steeds terugkomt bij cao-afspraken over employability is de beklemtoning van de gedeelde verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers voor (het op peil houden van) de inzetbaarheid van de werknemers. Uit de cao-teksten kan afgeleid worden dat de werknemer verplicht is aan scholing deel te nemen, zich aan nieuwe functie-eisen aan te passen en in sommige gevallen zelfs een nieuwe functie binnen het bedrijf dan wel bij een andere werkgever te aanvaarden.

In een aantal sectoren ligt de nadruk niet zo zeer op het preventief investeren in inzetbaarheid, maar meer op (noodzakelijke) van-baan-naar-baan transitie. Dit is met name het geval in de publieke sector. Het oogmerk is dan om te voorkomen dat overtollige werknemers werkloos worden, meestal door ontslag een aanzienlijke tijd uit te stellen.¹² Bij overtolligheid dient de werkgever eerst 'vervangende werkgelegenheid' te zoeken, waarbij vaak interne herplaatsingsmogelijkheden eerst moeten worden onderzocht. Ook externe bemiddeling met behulp van het outplacement-bureau is een veelvoorkomend onderdeel in de procedure. Deze categorie cao-afspraken is echter zeer divers wat betreft de concrete uitwerking van de procedures rondom de overtolligheid. Zo kan de duur van de bemiddelingsperiode aanzienlijk verschillen, net als het bereik van de suppletieregelingen die gelden bij een nieuwe functie. In bijna alle gevallen is de werknemer echter verplicht aan de herplaatsingsactiviteiten mee te werken en een aangeboden functie (die volgens de werkgever als passend wordt aangemerkt) te aanvaarden. Doet de werknemer dit niet, dan is de werkgever gerechtigd meteen een ontslagprocedure te starten.

Zoals eerder aangegeven vormt werkgelegenheid ook een thema dat vaak op de cao-onderhandelingsstafel ligt. In een ruime meerderheid van de onderzochte cao's zijn afspraken over werkgelegenheid gevonden. Ook deze afspraken kunnen echter aanzienlijk van elkaar verschillen. Aan de ene kant van het spectrum vinden we afspraken die de betrokkenheid van de vakbonden of de ondernemingsraad bij eventuele reorganisaties trachten te verzekeren. Aan de andere kant van het spectrum bevinden zich afspraken waarin min of meer garanties worden gegeven dat de werkgelegenheid (voor de duur van de cao) behouden blijft: gedwongen ontslagen

¹² Een tijd van een jaar tot 18 maanden is gemiddeld tussen de kwalificatie 'overtollig' en het daadwerkelijke ontslag.

zullen niet uitgevoerd worden.¹³ Daartussen bevindt zich een heel scala aan afspraken die de (individuele) werkgelegenheid direct dan wel indirect raakt. Bij afspraken over individuele werkgelegenheid kan het bijvoorbeeld gaan om bepalingen die voorschrijven dat de reeds in dienst zijnde werknemers of de overtollige werknemers een voorrangrecht hebben bij de vervulling van vacatures. Bij afspraken over collectieve werkgelegenheid gaat het bijvoorbeeld om het opleggen van een maximum aan overwerk om zo de beschikbare werkgelegenheid meer te kunnen spreiden – een bepaling die vaak in cao's voorkomt. Een groot aantal cao's bepaalt ook in welke mate de werkgever gebruik kan maken van flexibele overeenkomsten. Geen van de onderzochte cao's verbiedt het gebruik van uitzendkrachten, maar een aanzienlijk aantal cao's stelt wel beperking op ten aanzien van het gebruik ervan.

8.3.6 Juridisch bereik en werking van werkzekerheidsafspraken

In principe stellen de sociale partners door middel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming de arbeidsvoorwaarden in de hele onderneming of de hele (sub)sector vast. Dit uitgangspunt is echter niet zo absoluut als het op het eerste gezicht lijkt. De cao bindt niet rechtstreeks *alle* werknemers. In dit onderzoek is nagegaan wie de sociale partners kunnen binden aan de collectieve werkzekerheidsafspraken die ze maken. Daarvoor zijn in totaal vier uitgangssituaties gebruikt.¹⁴ Twee enigszins vergelijkbare situaties zijn die waarin de werkzekerheidsafpraak een gedwongen transitie inhoudt en die waarin de werkzekerheidsafpraak een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden betreft.¹⁵ Deze cao-afspraken hoeven niet gunstig te zijn voor elke individuele werknemer. Daarnaast is de vraag gesteld of oud-werknemers aan cao's gebonden kunnen raken. Dit is voor de werkzekerheidsdiscussie een relevante vraag, aangezien het daar juist gaat om een 'transitie-makende' werknemer. Tot slot is de afdwingbaarheid van de werkgelegenheidsgaranties aan een analyse onderworpen. In dit geval gaat het om binding van de werkgever aan de cao-bepaling.

Ons cao-recht stoelt op een contractueel en voluntaristisch stelsel, wat betekent dat in principe sprake is van vrijwillige aanvaarding van gebondenheid aan de cao. Dat betekent dat een werknemer alleen aan een cao gebonden is – en in principe aan de gedwongen transitie mee moet werken of de slechtere arbeidsvoorwaarden moet accepteren – indien hij lid is van de vakbond die de cao (mede) heeft ondertekend of indien hij heeft ingestemd met toepasselijkheid van de cao op zijn arbeidsovereenkomst, wat meestal door middel van een incorporatiebeding gebeurt. Aangezien de organisatiegraad onder werknemers blijft afnemen, neemt de mate waarin werknemers vrijwillig binding aan de cao aanvaarden ook af. Hoewel er verder geen tekenen

13 In de meeste gevallen kunnen deze bepalingen slechts als inspanningsverplichtingen gekwalificeerd worden.

14 Deze vier situaties zijn in juridisch opzicht het interessantst. De binding aan de overige werkzekerheidsafspraken is kort in hoofdstuk 6 besproken.

15 Voor het gemak wordt hier uitgegaan van een verslechtering van arbeidsvoorwaarden in de vorm van een standaardbepaling. Indien het minimumbepaling zou betreffen, geldt dat deze de oude gunstigere arbeidsvoorwaarden niet automatisch vervangt, omdat zij alleen de ondergrens aangeeft.

zijn dat het gebruik van het incorporatiebeding afneemt, heeft de afnemende organisatiegraad indirect ook invloed op het bereik van het incorporatiebeding. In de literatuur is men bijvoorbeeld steeds minder geneigd aan te nemen dat de werknemer die eenmaal een dergelijk beding heeft getekend ook heeft ingestemd met toekomstige wijzigingen van arbeidsvoorwaarden bij een nieuwe cao met name wanneer die door niet-representatieve vakverenigingen is gesloten.¹⁶ Bij oud-werknemers is de situatie het onduidelijkst: in de literatuur is men het niets over eens of zij gebonden kunnen raken aan een cao en ook in de rechtspraak is niet één lijn te ontdekken. De meerderheid van de schrijvers gaat ervan uit dat voor binding aan een cao een arbeidsovereenkomst nodig is, wat betekent dat oud-werknemers niet aan de cao gebonden kunnen raken, omdat zij geen arbeidsovereenkomst met de betreffende werkgever meer hebben.

Werkgelegenheidsgaranties zijn eerder onder baanzekerheid dan onder werkzekerheid te scharen. Van baanzekerheid wordt gezegd dat ze voor de werknemer concreter is dan werkzekerheid. De inzet van de vakbonden op baanzekerheid – in de zin van behoud van werkgelegenheid – levert misschien wel een concrete afspraak op in die zin dat een bepaalde verplichting op de werkgever rust, maar het is de vraag of dit ook ‘zekerdere’ afspraken oplevert. Het in stand houden van werkgelegenheid betreft namelijk een verbintenis op termijn. De werkgever verbindt zich ertoe om in de betreffende periode de werkgelegenheid op peil te houden. Of de werkgever zich aan die verbintenis zal (kunnen) houden is vaak afhankelijk van meer dan zijn eigen ondernemingsbeleid. Het is ook afhankelijk van meer externe factoren dan alleen die waar hij zelf invloed op heeft. De mogelijkheid om de werkgelegenheid op peil te houden is ook ‘marktgebonden’. Dit geldt echter niet voor cao-afspraken die de werknemers moeten nakomen in ruil voor werkgelegenheidsbehoud, bijvoorbeeld op het gebied van flexibiliteit. De werknemers hebben het voldoen aan hun verbintenis meestal zelf in de hand. De cao-afspraken over bijvoorbeeld arbeidsuren- of loonflexibiliteit kunnen meestal direct geïmplementeerd worden in de praktijk. Daarnaast werken zij meestal rechtstreeks door in individuele overeenkomsten, terwijl afspraken over het op peil houden van werkgelegenheid vaak obligatoir zijn. Een individuele werknemer kan in dat geval zijn werkgever niet rechtstreeks aan die afspraak houden. Hij is afhankelijk van de vakbonden en waarschijnlijk de uitkomst van nieuwe onderhandelingen.

8.4 Beantwoording van de centrale onderzoeksvraag

De centrale onderzoeksvraag van deze dissertatie was als volgt. Hoe verhoudt werkzekerheid zich als doelstelling tot het arbeidsrechtelijke kader en welke rol kan de cao als juridisch instrument spelen in de realisatie van werkzekerheid?

¹⁶ Daarnaast bepaalt de werkgever meestal of er een incorporatiebeding in de individuele overeenkomst opgenomen wordt, zodat hier ook niet helemaal over ‘vrijwilligheid’ gesproken kan worden.

Verschuiving in doelstellingen

Werkzekerheid is de zekerheid van het aan het werk blijven, maar niet noodzakelijkerwijs bij dezelfde werkgever. De term verwijst dus naar de continuïteit van de loopbaan. Bij werkzekerheid kan een werknemer wiens arbeidsovereenkomst door omstandigheden eindigt, snel weer een nieuwe dienstbetrekking vinden. Het concept zelf sluit niet noodzakelijkerwijs de continuïteit van de huidige arbeidsrelatie uit. Binnen het (Europese) arbeidsmarktbeleid wordt echter ervoor gekozen om geen nadruk te leggen op het voortduren van de arbeidsrelatie, maar juist meer op arbeidsmobiliteit en dus niet op baanzekerheid, maar op werkzekerheid. Europese en nationale beleidsmakers willen 'de creatie en de afbraak van banen' liever ongemoeid laten of in elk geval zo min mogelijk 'verstoren' door ze aan wettelijke regels te onderwerpen; althans ze willen dit proces liever niet aan *nog* meer regels onderwerpen. In plaats daarvan wordt ervoor gekozen om de werknemers te helpen met de veranderingen op de arbeidsmarkt mee te gaan en zich snel aan te passen. Door te bevorderen dat tijdens de loopbaan voortdurend in de individuele inzetbaarheid wordt geïnvesteerd en door actieve steun te organiseren bij het maken van een transitie van de ene naar de andere baan, hoopt men werkzekerheid te kunnen creëren.

Werkzekerheid is als zodanig niet een juridisch begrip, maar het correspondeert wel met het grondrecht op arbeid. Het correspondeert ook met de verplichting van de werkgever om de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te proberen te verzachten. Deze verplichting heeft zich in het Nederlandse recht ontwikkeld (met name in de jurisprudentie omtrent het kennelijk onredelijk ontslag) en zij houdt onder andere in dat bij ontslag rekening wordt gehouden met de voorzieningen die de werkgever heeft getroffen en met de mogelijkheden van de werknemer om ander passend werk te vinden. Deze verplichting om voorzieningen te treffen is zich steeds meer aan het ontwikkelen van een verplichting een *financiële* voorziening te treffen richting de verplichting om voorzieningen te treffen die de *kansen* van de werknemer op een andere baan *vergroten*. Daaraan is gekoppeld de verplichting van de werknemer (of werkzoekende) om zelf ook actief te werken aan eigen inzetbaarheid en passend werk te aanvaarden. Werkzekerheid correspondeert dus met deze 'nieuwe' invulling van goed werkgeverschap en goed werknemerschap, maar ook met de 'oudere' notie van recht op arbeid.

Het recht op arbeid brengt voor de overheid de verplichting mee om een zodanig werkgelegenheidsbeleid te voeren dat er voldoende banen zijn voor iedereen. De overheid heeft daarin een grote mate van beleidsvrijheid. Verwijzend naar deze verplichting die uit het recht op arbeid voortvloeit, kan het werkzekerheidsbeleid gelegitimeerd worden. Het recht op arbeid ziet echter ook op (een bepaalde mate van) kwaliteit van arbeid. Kwaliteit van arbeid verwijst in het kader van het recht op arbeid onder andere op bescherming tegen onredelijk ontslag. Dat betekent dat een vorm van ontslagbescherming – en daarmee een vorm van of een mate van baanzekerheid – onderdeel moet uitmaken van werkzekerheid. Beleidsmakers zouden deze verbanden van baan- en werkzekerheid (door het recht op arbeid) meer kunnen benadrukken.

Bescherming tegen onredelijk ontslag betekent echter niet – en heeft ook nooit betekend – absolute bescherming tegen ontslag. Baanzekerheid is altijd relatief (geweest) binnen onze markteconomie. De relativiteit van baanzekerheid neemt vandaag de dag steeds meer toe met name door de toegenomen (vraag naar) flexibiliteit. Het is dan ook legitiem en wenselijk om de bescherming tegen onredelijk ontslag aan te vullen met investeringen in de inzetbaarheid van de werknemer en hulp bij het maken van transitie op de arbeidsmarkt. Net als werkzekerheid in het licht van het recht op arbeid niet nagestreefd kan worden zonder een mate van baanzekerheid te bieden, zo kan ook niet baanzekerheid nagestreefd worden, zonder acht te slaan op de mogelijkheid dat men zijn baan verliest. Dit geldt des te meer bij flexibele arbeidsovereenkomst. De constatering wordt breed gedragen dat in de afgelopen jaren de wetgever de mogelijkheden heeft verruimd voor het sluiten van flexibele contracten zonder evenredig veel mogelijkheden te creëren voor (werk)zekerheid.

Investerings in kennis en vaardigheden van werknemers, opdat ze inzetbaar blijven op de arbeidsmarkt, en actieve hulp bij transitie van baan naar baan zijn dus nodig ongeacht het type arbeidsovereenkomst dat men heeft. Maar in hoeverre moeten die investeringen gedragen worden door werkgevers? Moet de (oude) werkgever de werknemer helpen om een nieuwe baan te vinden? Is de werknemer gehouden hieraan mee te werken? Hoe ver strekken, met andere woorden, de verplichtingen van werkgevers en werknemers in het kader van werkzekerheid? De antwoorden op die vragen zijn nog volop in ontwikkeling. Dat die ontwikkeling er is, bewijst hoe verbonden werkzekerheid inmiddels is met het arbeidsrecht. (Kleine) veranderingen in wetgeving op dit terrein lijken op komst.¹⁷

Cao (en avv) als juridisch instrument

De meeste inspanningen worden echter van sociale partners verwacht. Zij moeten werkzekerheid voor het grootste gedeelte vormgeven. Dat lijkt een verstandige keuze. Werkzekerheid vereist immers maatwerk. Investerings in inzetbaarheid en transitiearrangementen kunnen het beste aangepast worden aan de werknemer, maar ook aan de (mogelijkheden van de) werkgever. Te veel maatwerk – in de zin dat het geheel open is hoe ver de verplichtingen in dit kader strekken – is echter ook niet wenselijk, omdat het tot veel onzekerheid kan leiden. Zoals in het vierde hoofdstuk was gebleken, kan uit de rechtspraak (op het gebied van kennelijk onredelijk ontslag) afgeleid worden dat rechters bij de vraag hoe hoog de ontslagvergoeding moet zijn, steeds meer rekening houden met de investeringen van de werkgever in werknemers inzetbaarheid en zijn inspanningen om voor de werknemer ander passend werk te vinden. De uitkomst van die procedure is echter uiterst onzeker. Bovendien wordt pas achteraf – dus nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd – gekeken of men voldoende heeft gedaan om de werkzekerheid van de werknemer te vergroten. De

¹⁷ Ten tijde van het schrijven was bekend dat uit het Sociaal Akkoord van 2013 wetsvoorstellen zouden voortvloeien inhoudende transitievergoedingen bij het einde van arbeidsovereenkomst, een recht op scholing voor werknemers etc. De wetsvoorstellen zelf waren echter nog niet ingediend.

cao bevindt zich tussen de wet en de individuele overeenkomst. De cao biedt meer maatwerk dan een wet, maar zij zorgt tegelijk voor een mate van standaardsetting, voor uniformiteit.

Het verkennen van de mogelijkheden en de beperkingen van de cao als juridisch instrument om werkzekerheid te bevorderen was dan ook een van de twee centrale doelstellingen van dit proefschrift. De eerste belangrijke vaststelling is dat cao's al 'inspelen' op werkzekerheid. Empirisch is aangetoond dat cao's bepalingen over inzetbaarheid en van-baan-naar-baan-transities inhouden. Werkzekerheid komt zelfs als term in sommige cao's expliciet voor. Men moet echter wel beseffen dat werkzekerheid door middel van cao's een eigen 'inkleuring' kan hebben, die niet overeen hoeft te komen met datgene wat beleidsmakers voor ogen staat. Zo maakt *werkgelegenheidsbehoud* – en dus continuïteit van de arbeidsrelatie – soms ook deel uit van 'werkzekerheidsbeleid' in cao's.

Baanzekerheid kan in cao's naast werkzekerheid nagestreefd worden. Dit is niet vreemd. Cao-partijen zijn immers onafhankelijke (private) organisaties die de autonomie bezitten om hun eigen beleid bepalen. Daarnaast zou het te eenvoudig zijn om te veronderstellen dat werkgevers- en werknemersorganisaties ófwel baanzekerheid ófwel werkzekerheid nastreven. Die veronderstelling neemt niet in aanmerking alle verschillende factoren die het collectief overleg kunnen beïnvloeden. Collectief arbeidsvoorwaardenoverleg vindt immers steeds binnen een andere context plaats. Zo kan de (macro)economische situatie in verschillende periodes vragen om andere strategieën, terwijl ook de omstandigheden van de ene sector niet altijd te vergelijken zijn met de omstandigheden van de andere sector, wat ook in verschillend beleid kan resulteren. Bovendien kunnen verschillende werknemersgroepen verschillende preferenties hebben, net zoals niet alle bedrijven dezelfde strategieën en personeelsbeleid hebben. Ook deze factoren kunnen van invloed zijn op het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg. Beide vormen van zekerheid zullen dus in verschillende situaties nagestreefd kunnen worden. Overheidsbeleid dat alleen werkzekerheid nastreeft en geen ruimte biedt voor een ontwikkeling van baanzekerheid faalt in te zien dat beide vormen van werknemersbescherming eigen voordelen kunnen hebben voor de betrokkenen.

Aangezien werkgelegenheidsgaranties echter moeilijk afgedwongen kunnen worden en ze dus zeker niet altijd absolute garanties geven, is het de vraag of de vakbonden hierop zullen (blijven) inzetten. De tegenprestatie die de werknemers moesten leveren in ruil voor de garantie – meestal het accepteren van een verlaging van arbeidsvoorwaarden of het leveren van 'meer flexibiliteit' ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden – is meestal al lang voldaan wanneer blijkt dat de werkgever wegens bijzondere of onvoorziene omstandigheden toch niet anders kan dan werknemers te ontslaan. De werknemers die hun baan verliezen staan alsnog 'met lege handen'. Het is dan ook de vraag of de vakbonden de werknemersbelangen dienen wanneer ze *alleen* blijven streven naar garanties van werkgevers omtrent werkgelegenheid. Het is om die reden verstandig (en legitiem) om de belangenbehartiging van werknemers zo in te richten dat men hen ook weerbaar(der) probeert te maken

voor de risico's op de arbeidsmarkt en de gevolgen die de markt meebrengt voor de continuïteit van hun loopbaan.

Het arbeidsrecht biedt de cao-partijen hierbij in principe ook voldoende ruimte. De mogelijkheden van de cao als juridisch instrument om werkzekerheid (inclusief baan zekerheid) te regelen is in potentie groot. De cao-partijen genieten een grote mate van contractsvrijheid om de inhoud van de cao te bepalen. Ook het arbeidsrecht dat in wetgeving is vervat, laat op veel punten ruimte open voor cao-partijen om van dwingende wettelijke regels af te wijken. Werknemersorganisaties kunnen bij cao-onderhandeling er zelfs voor kiezen om bepaalde vormen van wettelijke werknemersbescherming 'weg te onderhandelen' in ruil voor andere voordelen. Dit maakt de cao inderdaad flexibeler dan wetgeving: hij kan inspelen op de specifieke omstandigheden en preferenties binnen een sector of een onderneming.

De potentie van de cao is dus groot, maar de cao kent ook beperkingen. De cao biedt in principe alleen tijdelijke aanspraken. Andere (maatschappelijke) organisaties kunnen niet formeel bij de cao betrokken worden. Beide beperkingen zijn vormen in het kader van werkzekerheid misschien niet direct een groot probleem op, maar ze zijn wel fundamenteel gebonden aan de cao als contract. De cao kan echter ook van 'gedaante' wisselen: wanneer de cao algemeen verbindend wordt verklaard, wordt zij een wet. Opmerkelijk is echter dat in dat geval het tijdelijke karakter van de cao nog meer tot uitdrukking komt. Algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen werken in principe niet na. De belangrijkste beperking van de cao is toch gelegen in zijn binding van de individuele werknemer. Dit lijkt op het eerste gezicht een vreemde constatering. De traditionele 'kracht' van de cao ligt juist in de dwingende en automatische doorwerking ervan in individuele arbeidsovereenkomsten. Aangezien de organisatiegraad onder werknemers blijft afnemen, neemt ook de mate waarin werknemers vrijwillig gebonden zijn aan de cao ook af. Dit wordt nu nog grotendeels 'gecompenseerd' door het gebruik van het incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst. Toch zijn er duidelijke tekenen dat het bereik van dit beding onder druk staat. Het is niet ondenkbaar dat als de organisatiegraad onder werknemers blijft afnemen, de doorwerking van de cao tot het verleden gaat behoren. Dit zou de grootste 'bedreiging' zijn voor de hele praktijk van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, maar zeker ook voor werkzekerheid door middel van cao's. De belangrijkste beperking van de cao om werkzekerheid te regelen is dus zijn 'op de tocht staande' algemene werking, wat direct gekoppeld is aan de afnemende representativiteitsgraad van de vakbonden.

Wanneer de cao algemeen verbindend is verklaard is de rechtstoestand van alle werknemers in de betreffende (sub)sector of bedrijfstak dezelfde. De ongebonden werkgevers en de bij hen in dienst zijnde werknemers zijn dan aan de cao gebonden, maar ook de ongebonden werknemers bij de reeds gebonden werkgevers worden erdoor gebonden. Bij de avv-cao gelden de bovengeschetste verschuivingen in de algemene werking dus niet. Het avv-mechanisme zorgt dus voor een belangrijke nuancering van de hierboven (opzettelijk scherp) geformuleerde stelling dat de belangrijkste beperking van de cao gelegen is in zijn afnemende algemene werking.

Dus hoewel een relatief klein aantal werkgevers en werknemers pas via het algemeen verbindend verklaren onder de werking van de cao komt, kan deze versterking van de algemene werking van de cao *binnen* de ondernemingen waar de cao al werd toegepast inmiddels een van de voornaamste aspecten genoemd worden die ervoor zorgen dat de avv nog steeds een belangrijk ordeningsinstrument is.

Naast deze beperkingen voor de cao als 'regelinstrument' kunnen ook (potentiële) beperkingen voortvloeien uit de juridische normen waar cao-partijen rekening mee moeten houden wanneer ze collectieve regelingen treffen. Het gelijkheidsbeginsel – dat met name onder invloed van de EU tot ontwikkeling is gekomen – is een belangrijk voorbeeld van een norm die van grote invloed is voor collectieve regelingen. De ruimte die sociale partners hebben om aangepaste regelingen te treffen voor specifieke groepen werknemers en zo 'maatwerk te leveren' wordt kleiner. Ook vakbondsstrategieën om baanzekerheid voor het personeel te bevorderen door bijvoorbeeld het gebruik van uitzendkrachten bij cao te beperken wordt door EU-wetgeving bemoeilijkt.

Het feit dat wettelijk nauwelijks iets is geregeld met betrekking tot employability en transitie wijst er misschien op dat de cao-partijen de vrijheid hebben om de regelingen zo in te richten als ze zelf wensen, maar het wil niet noodzakelijkerwijs zeggen dat er collectieve regelingen tot stand zullen komen. Vanuit werknemersoogpunt bezien, kan het gebrek aan wettelijke normen zeer zeker ook nadelig zijn. Het kan ook betekenen dat de werknemersorganisaties bij de onderhandelingen iets moeten 'inleveren' om bijvoorbeeld investeringen in employability ervoor 'terug te krijgen'. Wanneer in ogenschouw wordt genomen dat investeringen in employability hun nut pas op termijn moeten bewijzen, is het niet meteen evident dat de werknemers bij de onderhandelingen hierop willen 'inzetten'.

8.5 Slotbeschouwing

Hoewel het juridische raamwerk waarin de sociale partners opereren steeds complexer wordt, kunnen we nog steeds zeggen dat de traditionele voordelen van de cao ten opzichte van wetgeving nog altijd gelden: het is een instrument dat kan inspelen op de actuele behoeftes op de arbeidsmarkt, terwijl het tegelijkertijd de belangen van de werknemers en de werkgevers in zich verenigt. Er lijkt echter sprake te zijn van een paradox wat betreft de relatie tussen de cao en werkzekerheid. De afbrokkeling van de organisatiegraad aan de werknemers kant vormt de grootste 'bedreiging' voor de cao. Werkzekerheid is vaak genoemd als een mogelijk middel, als datgene dat het tij zou kunnen keren: als de vakbonden werkzekerheid als hun hoofddoel zouden kiezen, dan zouden meer mensen lid worden van de vakvereniging. Werkzekerheid zou een manier zijn voor de vakbonden om zich te profileren en zich opnieuw uit te vinden. Tevens vormt de lage organisatiegraad een van de grootste beperkingen voor werknemersorganisaties om werkzekerheidsarrangementen te creëren die werkelijk tegemoet komen aan de belangen van de werknemers. Een van de basisvoorwaarden daarbij is immers dat werknemersorganisaties een

gelijkwaardige onderhandelingspartner voor de werkgevers kunnen vormen.¹⁸ Met een lage representativiteitsgraad kunnen ze dat steeds minder zijn. Als in dat proces bovendien van hen wordt verwacht om 'oude zekerheden' als baanzekerheid 'op te geven', dan vormt die lage representativiteitsgraad weer een struikelblok. Niet-representatieve organisaties hebben des te minder bevoegdheid om zulke belangrijke keuzes te maken voor mensen en ze zullen ook niet het benodigde vertrouwen kunnen winnen.

Ik stel dan ook vast dat de werknemersorganisaties niet zijn geholpen met sterk vereenvoudigde aannames over baanzekerheid en werkzekerheid. Die beperkte aannames vormen ook niet een goede basis voor een wettelijke regeling van ontslagbescherming. Er zou aandacht moeten zijn voor zowel de continuïteit van de loopbaan (werkzekerheid) als de continuïteit van het dienstverband (baanzekerheid). Deze twee zaken verwijzen immers naar verschillende, maar even belangrijke, behoeftes van mensen en ze leiden mijns inziens samen naar (meer) vrijheid en onafhankelijkheid. Een gemiddelde werknemer heeft nog steeds de (basis)bescherming tegen onredelijk ontslag nodig. Die bescherming ondersteunt ook zijn andere werknemersrechten *in een baan*. Het helpt hem om een zekere autonomie tegenover zijn werkgever te behouden. Tegelijkertijd heeft hij bescherming *op de arbeidsmarkt* nodig. Bij redelijk ontslag, moet hij snel nieuw werk kunnen vinden. Hij moet zich op de arbeidsmarkt vrij kunnen bewegen en keuzevrijheid hebben om zich te ontplooien. Slechts dan is werkzekerheid de zekerheid van de toekomst. Zoveel is zeker: het arbeidsrecht heeft in beide zekerheden een grote rol te spelen.

18 In het kader van het sociale dialoog opereren de werknemersorganisaties ook als gesprekspartners ten opzichte van de overheid. Ook hier is de organisatiegraad een belangrijke factor om als goede belangenbehartigers op te treden.

OVERZICHT VAN DE ONDERZOChte CAO'S

ABN-AMRO

1 maart 2010 tot 1 januari 2013

ACHMEA

1 juni 2011 t/m 31 mei 2012

Albert Heijn (distributie organisatie/Logistics)

15 oktober 2010 t/m 14 oktober 2012

ANWB

1 april 2011 t/m 31 maart 2012

Apotheken

1 april 2010 t/m 31 maart 2012

Architectenbureaus

1 april 2011 t/m 28 februari 2013

Bakkersbedrijf

1 augustus 2011 t/m 29 februari 2012

Beroepsgoederenvervoer over de weg

1 januari 2010 t/m 31 december 2011

Beroepsonderwijs en volwasseneneducatie

1 november 2010 t/m 31 maart 2011

Bloemen en Planten gespecialiseerde detailhandel

1 april 2011 t/m 31 maart 2012

Bloemen en planten groothandel

1 juli 2009 t/m 30 juni 2012

Boekhandel en Kantoorvakhandel

1 februari 2010 t/m 31 maart 2012

Bouwnijverheid

1 januari 2011 tot 1 januari 2012

Carrosseriebedrijf

1 april 2011 t/m 30 april 2013

Contractcateringbranche

1 april 2010 t/m 31 maart 2012

Defensiepersoneel

6 december 2011 tot 1 maart 2013

Delta Lloyd Groep NV

1 december 2010 tot 1 januari 2012

DHL Express Nederland

1 januari 2012 tot 1 januari 2013

Doe-het-zelf-branch¹

1 juli 2009 t/m 30 juni 2011

Drogisterijbranche

1 oktober 2010 t/m 31 maart 2012

DSM Limburg B.V.

1 januari 2011 t/m 30 juni 2012

Elektrotechnische detailhandel

1 januari 2009 tot 1 januari 2012

Energie

1 mei 2010 t/m 30 april 2011

Facilitaire contactcenters

1 mei 2010 t/m 30 april 2012

Geestelijke gezondheidszorg GGZ

1 maart 2011 tot 1 januari 2013

¹ Deze cao is onderzocht in plaats van de cao voor Praxis, die in de steekproef van het ministerie van SZW van 2012 is opgenomen. Er is geen cao voor Praxis in de SZW-databank aangetroffen.

Gehandicaptenzorg

1 maart 2011 t/m 28 februari 2014

Gemeenteambtenaren

1 juni 2011 t/m 31 december 2012

Gemengde branche en Speelgoedbranche

1 januari 2011 t/m 31 maart 2012

Glastuinbouw

1 juli 2010 t/m 30 juni 2012

Goederenvervoer Nederland

1 januari 2010 t/m 31 december 2011

Grafimedia

1 februari 2010 t/m 31 januari 2012

Groothandel in Levensmiddelen

1 april 2012 t/m 31 december 2013

Grootwinkelbedrijven in Levensmiddelen

1 april 2011 tot 1 april 2013

GVB

1 januari 2011 tot 1 januari 2013

Heineken Nederlands beheer

1 januari 2011 tot 1 januari 2013

Hema

1 februari 2011 t/m 31 maart 2012

Hoger Beroepsonderwijs

1 augustus 2010 t/m 31 januari 2012

Horeca- en aanverwante bedrijf

1 april 2010 t/m 31 maart 2012

Hoveniersbedrijf in Nederland

1 maart 2011 t/m 28 februari 2013

Huisartsenzorg

1 april 2011 tot 1 januari 2013

Ikea Nederland B.V.

1 oktober 2010 t/m 30 september 2011

Informatie-, communicatie- en kantoortechnologiebranche

1 januari 2012 tot 1 januari 2013

ING

1 juli 2008 tot 1 januari 2012

Jeugdzorg

1 mei 2011 tot 30 april 2012

Kappersbedrijf

1 juli 2010 t/m 30 juni 2011

Kinderopvang voor kindercentra en gastouderbureaus

1 mei 2010 tot 1 januari 2012

Koninklijke KPN N.V.

1 januari 2011 t/m 31 maart 2012

KPN Corporate Market BV

1 april 2012 tot 1 januari 2013

La Place BV

1 juli 2011 tot 1 februari 2013

Landbouwwerktuigen exploiterende ondernemingen

1 april 2010 tot 1 januari 2012

Levensmiddelenbedrijf

1 april 2011 t/m 31 maart 2013

Metaalbewerkingsbedrijf

1 april 2011 t/m 30 april 2013

Metalelektro

1 mei 2011 t/m 30 juni 2013

Metalelektro voor het hoger personeel

1 mei 2011 t/m 30 juni 2013

Meubelindustrie en meubileringsbedrijven

1 juli 2010 t/m 30 juni 2012

Mode- en Sportdetailhandel

1 juli 2010 tot 1 juli 2012

Mode-, interieur-, tapijt- en textielindustrie

1 juli 2010 t/m 30 juni 2012

Motorvoertuigenbedrijf en Tweewielerbedrijf

1 juni 2011 t/m 30 september 2012

Nederlandse Universiteiten

1 januari 2011 tot 1 januari 2014

NS

1 november 2010 t/m 31 januari 2013

Océ-Technologies BV

1 januari 2011 tot 1 januari 2012

ONS Middelbaar Onderwijs

1 juli 2008 t/m 31 juli 2010

Open teelten

1 juli 2010 t/m 30 juni 2012

Openbaar Vervoer

1 januari 2011 tot 1 januari 2013

Organon BioSciences Nederland BV²

1 april 2010 t/m 30 september 2011

Particuliere Beveiliging

1 januari 2012 t/m 30 juni 2012

Philips

1 januari 2010 t/m 30 juni 2011

Politie

1 januari 2012 t/m 31 december 2014

Post NL Postbezorgers

1 januari 2012 tot 1 januari 2013

2 In oktober 2009 is Organon Nederland BV gefuseerd met Schering-Plough Nederland BV. In de hier genoemde cao is afgesproken dat deze cao van toepassing zal blijven voor werknemers die direct voorafgaande aan de fusie onder de cao vielen. Merck Sharp & Dohme (MSD) is nu eigenaar van Organon en Schering-Plough.

Primair onderwijs

1 januari 2013 tot 1 januari 2014

Provinciepersoneel

1 juni 2009 t/m 1 juni 2011

Rabobank

1 mei 2011 t/m 01 juli 2012

Recreatie

1 juli 2010 t/m 30 juni 2012

Reisbranche

11 augustus 2010 t/m 31 maart 2011

Rijkspersoneel³

1 januari 2007 tot 1 januari 2011

Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf

1 maart 2011 t/m 28 februari 2013

Schoonmaak- en glazenwassersbedrijf

1 januari 2012 tot 1 januari 2014

Selectvracht Nederland bv

1 januari 2011 tot 1 januari 2013

Slagersbedrijf

1 april 2011 t/m 31 maart 2013

SNS REAAL

1 november 2010 t/m 31 mei 2012

Sociale Verzekeringsbank

1 oktober 2011 tot 30 juni 2014

Sociale Werkvoorziening

1 december 2012 tot 1 januari 2014

Tankstations en Wasbedrijven

1 september 2011 tot 31 oktober 2013

³ De CAO onderhandelingen bij het Rijk zijn al lange tijd opgeschort vanwege de nullijn als bezuinigingsmaatregel, zie *Kamerstukken II* 2012-2013, 31490 nr. 116. Los van de cao-onderhandelingen wordt wel met de bonden overlegd over Van-Werk-Naar-Werk-beleid.

Taxivervoer

1 januari 2009 tot 1 januari 2014

Technische Groothandel

1 april 2010 t/m 30 juni 2011

Technisch Installatiebedrijf

1 april 2011 t/m 30 april 2013

Timmerindustrie

1 januari 2011 tot 1 januari 2013

Uitzendkrachten ABU

5 november 2012 t/m 4 november 2017

Uitzendkrachten NBBU

30 maart 2009 tot 1 januari 2014

Uitzendbureaus vaste medewerkers

1 april 2011 t/m 30 september 2012

Universitair Medisch Centra

1 maart 2011 tot 1 april 2013

UWV

1 augustus 2011 t/m 31 januari 2014

Verpleeg-, verzorgingshuizen en Thuiszorg

1 maart 2010 tot 1 maart 2012

Verzekeringsbedrijf (binnendienst)

1 december 2009 t/m 31 mei 2011

Voortgezet Onderwijs

1 augustus 2011 tot 1 augustus 2012

Vroom & Dreesman BV

1 februari 2010 t/m 30 juni 2011

Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening

1 januari 2012 t/m 31 december 2013

Wonen

1 januari 2010 tot 1 januari 2011

Woondiensten

1 januari 2012 t/m 31 december 2012

Ziekenhuizen

1 maart 2011 tot 1 maart 2014

Afrondingsdatum van het cao-onderzoek is 18 oktober 2013.

SUMMARY

Introduction

Employment security has become an important notion in the labour market policy in the recent years. It means that workers have the possibility to easily find a job at every stage of their active life. It is often juxtaposed to the notion of job security, which means the security of staying in the same job with the same employer. Job security is believed to be a 'traditional' notion, a notion that has dominated the employment relations until recently. Employment security, on the contrary, is presented as a new notion: one that needs to be developed further. Employment security starts from the assumption that lifetime employment is eroding and that all labour market regulations and arrangements should have the aim to help people make transitions from one job to another, instead of trying to keep them in their current job. Replacing the notion of job security with employment security forms one of the core aims of the European Commission's flexicurity-policy. Norms that govern the employment relationship, whether they are based on legislation or collective agreements, should be steered towards employment security instead of job security. Much is expected of collective bargaining in this regard. The employers' organizations and trade unions, who are also called 'social partners', have been given a central role to play in the specification of employment security into concrete regulations through collective bargaining.

It is clear that the notion of employment security touches the core of labour and employment law, namely, how should the workers be protected. At the same time, the notion is still very much being developed and there exists not one fixed (legal) definition. Furthermore, it is far from clear if and how this notion fits into the framework of labour law and collective agreements. For the purpose of this research, the following central research question has been formulated: How does employment security as an objective relate to the labour law framework and what role can the collective agreement as a legal instrument play in the realisation of employment security?

Employment security as a policy objective and the role of labour law

Policies that have employment security (instead of job security) as an objective, amount to redirecting all labour market institutions – including labour laws and

collective agreements – towards enabling people to (eventually) perform economically useful work. This development towards ever greater centrality of labour market participation through ‘activation’ has already been much more visible in the past and still on-going reforms of social security laws. Now the goal is to prepare people who already have a job for the possible changes in the labour market by enabling them to keep their knowledge and skills up to date in order to stay employable on the labour market and by offering them assistance where needed in making transition to another job when the current job is in danger of disappearing. The goal is eventually to have more labour market mobility and as less unemployment as possible. Individual employability and mobility (or transitions) are the two main pillars of this employment security policy.

Employment security is often juxtaposed to the ‘traditional’ job security, where people derive their livelihood from having a job. In contrast, the policy term employment security refers to a security in the labour market, in being able to always find work. I have defined the two concepts, therefore, as follows. Job security refers to the continuity of one’s current employment, while employment security refers to the continuity of one’s career. It is, however, not easy to translate these terms to the legal context, even though they are now quite frequently being used in the legal literature. The broader issue of employment is, however, also addressed in the legal literature. Employment is indeed formulated as a right. It is even a fundamental right: the right to work. This fundamental right does not entail for the individual a right to be employed, as such it cannot be enforced in court, it entails in the first place for *the government* a programmatic obligation to have a labour market policy in place that is targeted towards full employment. This means that an employment security program – with its specific emphasis on employability and job-to-job-transitions – can be a way for the government to realise the fundamental right to work. From the fundamental rights perspective, it is legitimate for the government to pursue employment security. The goal as well as the underlying vision of what work means to people are more or less the same. With employment security policy the government does not intend to give an enforceable right to a job to everyone, but the fundamental right to work does not require the government to do this. Such a task for the government has never been accepted in our social system.

The fundamental right to work does, however, require that the government – while increasing employment opportunities for everyone – also pays attention to the quality of work that is or becomes available on the labour market. The ‘decent work agenda’ of the International Labour Organization (ILO) serves as a starting point in defining what quality of work should entail. This is an aspect of the right to work that currently does not receive enough attention in the policy strategy aimed at employment security. Since the right to protection against unjustified dismissal is understood to be part of what quality of work refers to, I, therefore, argue that employment security policies that are primarily aimed at dismantling dismissal protection are contrary to the normative implications of the right to work. In this context, employment security should always involve some degree of job security, in the sense that the employee

should be protected against arbitrary dismissal and dismissal without a reasonable ground.

Compatibility of employment security with the principles of labour law

What are – from the labour law point of view – the possible reasons for rejecting employment security as a goal? One reason has already been mentioned above. If employment security means that job security should be abolished, then the quality of work is being undermined, which means that such a policy is at odds with the fundamental right to work. Employment security would lose its legitimacy in that case. In the literature, however, one can encounter other arguments against employment security as an objective for labour law (reform). One of those arguments is that employment security serves primarily an economic purpose, while labour law has a social purpose. Particularly at the EU-level, both goals are pursued simultaneously. Flexicurity is, for example, meant to combine economic and social goals in the labour market policy. It is the official policy of the EU that one does not prevail over the other. In the labour law literature, we can, however, often encounter the argument that social goals should have priority over economic goals, or, at least, that economic policy should not infringe upon fundamental social rights. To associate – national – labour law with only social goals creates, however, a seemingly irreconcilable contradiction with economic goals that does not exist in labour law in this way. Dutch labour law has always pursued social goals in the context of the market economy. This is not to say that there are no tensions between EU policies and the ‘traditional’ labour law, but the mere fact that employment security is part of a labour market policy is in my view not sufficient to dismiss it as a labour law objective. My conclusion is that employment security is not so distant to the ‘fundamental principles’ of labour law that they would be incompatible. Employment security can certainly supplement job security as a way to protect the workers, but it cannot (fully) replace job security. Being able to find work at any time on the labour market does not say anything about the quality of that work, while having a good job also says nothing about one’s ability to find another job if that job disappears.

The question of compatibility of employment security with *collective* labour law clearly forms an indispensable part of the question of compatibility with the principles of labour law. The legal doctrine distinguishes two main functions of collective bargaining, which are the (industrial) peace function and the function of workers’ protection. The first function refers to collective bargaining as a tool for dispute resolution and the collective agreement as a ‘peace treaty’. The second function refers to the workers’ collective as a countervailing power against the employer. It is possible that employment security as an objective for collective bargaining is difficult to integrate into these two functions. Especially when we consider that employment security is often understood as security in the labour market and security based on one’s own abilities, and not as a security in relation to the employer, then such a finding would not be far-fetched. However, collective bargaining is an autonomous system, which means that, in principle, the parties themselves can control whether they are still serving the traditional functions of

collective bargaining. In other words, they can themselves give an interpretation of employment security that is not at odds with the traditional functions, especially the function of workers' protection.

It is, in my opinion, possible to unite employment security with the protective function of the collective agreement. Employment security can be interpreted as a form of worker protection. The protection is in this case targeted against the risks in the labour market and in a lesser degree against (the supremacy of) the employer, as protection in labour law is traditionally understood. In the case of a loss of the current job, the worker will, after all, need to find another job. Financial compensation will in most cases not be sufficient. Being employable in the labour market, in the sense that the worker can easily change jobs when he or she wishes so, or whenever this is necessary, can, furthermore, contribute to worker's resilience. It can, thus, in this way serve to reduce the inequality that is inherent to the employment relationship. Employment security, therefore, does not have to be incompatible with the protective function of labour law. Surely, it is the reduction of dismissal protection, which employment security as a policy is often linked to, that can be at odds with this protective function. Not so much because job security is being decreased in this way, but because workers continue to have an interest in protection against unfair or unreasonable dismissal, even when they are highly employable and can find other employment quickly.

However, the fact remains that employment security is a form of 'security' that can only partially be exercised against the employer. Where job security concerns the employer-employee relationship, employment security is about the worker's possibilities on the labour market. The employer can be obliged to invest in worker's employability and, under circumstances, to help him to find another job, but whether the worker will in fact be able to find another job is something that is not (entirely) dependent on the (former) employer. The extent to which the worker will be able to redeem the investment made in his employability remains an uncertain given. This may be one reason for the unions to continue pursuing job security: employment security can seem less 'concrete' in this regard. Furthermore, a possible 'tension' has been identified between the individualised approach in arrangements that employment security seems to require, and the so-called standardised arrangements in collective agreements. Collective agreements on employment security should offer room for the individualised approach as much as possible in order to provide the worker with the exact training he needs or the exact assistance he needs to make a transition to another job.

To what extent is Dutch labour law currently directed towards job or employment security?

In the attempt of placing the policy notions of job and employment security in the legal context, one must start with the observation that both should be understood in relative terms. Employment security does not imply that people have a right to a job, neither does job security mean that people can always keep their job. Under current legal conditions, it is for the employer certainly not impossible to unilaterally

terminate an employment contract of indefinite duration, but the law can hinder dismissals by substantive, procedural, and in some cases, financial preconditions. These preconditions arise from the law on dismissals. Job security is – at first sight – primarily related to dismissal law. The stricter the rules on dismissal are, the more secure the employee can feel of keeping his or her job. The severance payment that can be required in case of dismissal is relevant in this regard and it receives a fair share of the attention in the present discussion in the political, but also academic arena. In the Netherlands, the severance payment sometimes even seems to be leading in the debate on the dismissal law. Here, employment security (again) comes in the picture. The reasoning is that when the worker can (quickly) find another job, then the income loss does not occur – or it is (very) limited – by which the basis for a severance payment is almost entirely eliminated.

Job security is, however, also connected to other aspects of labour law, than merely dismissal law. Dismissal law only has its particular consequences as outlined above when we are dealing with a contract of indefinite duration. The same rules do not apply to fixed-term contracts and other flexible contracts. The continuity of employment is much less secure in flexible employment contract, which means there is less job security in general. The rules regarding the type of contract that the parties may conclude should also be considered in this regard.

However, also in the case of contracts of indefinite duration job security remains a relative notion. Where the employer has a valid reason for dismissal, and he follows the procedural rules of procedure, he may terminate the contract of employment. It is these procedural rules that are heavily being debated in the Netherlands. They are described as being too cumbersome and costly, while, furthermore, resulting in unequal outcomes for similar cases.¹ Furthermore, the protection against economic dismissal resulting from the laws on dismissals is said to amount to ‘financial protection’ in the Netherlands. This means that dismissals can be carried out in most cases, but they can be costly for the employer. Moreover, the seniority and the age have a positive effect on the amount of severance pay. This is said to hinder labour market mobility: ‘it pays for workers to stay foot’. This is, however, mainly relevant for the procedure in which the employer requests the court to dissolve an employment contract. When the employer has chosen to ask a government permit to unilaterally terminate the contract, the financial protection for the worker is (much) smaller and less obvious. The Supreme Court has explicitly ruled that the termination of the employment contract as such does not entitle the employee to financial compensation. Therefore, the argument that in case of economic dismissal, the law boils down to financial protection, can certainly be nuanced.

1 The unequal results can occur because of two different procedures that the employer can use to terminate an employment contract: the employer can request a judge to resolve the contract, or he can terminate the contract unilaterally, in which case he needs a prior permit from the authorities. In these two procedures the cases are reviewed differently, what can result in different outcomes even though the conditions were the same.

An interesting observation is, however, that the Supreme Court allows for employment security to play a big role in determining whether and in what degree the worker in question is entitled to financial compensation. The Court in this regard also pays attention to the extent to which the employer has contributed to worker's employability and whether he has taken into account the impact the dismissal will have on the worker when making the decision to terminate the contract. The Court also takes into account whether the worker has been willing to work on his employability during employment or whether he has, for example, refused other suitable work the employer has offered him. The current state of case law in the procedures following after the permit for dismissal was given was at the time of writing this book that judges more and more take into account the degree of employment security of the worker and the extent to which the employer has contributed thereto in positive or negative way. But when the judge is asked to dissolve a contract – when, thus, the employer has not chosen the 'permit-procedure' – we can see that the role of employment security (and thus worker's prospects in the labour market) is much smaller, because the judge then uses a standardised formula to calculate the compensation the employer is obliged to pay. In this formula, employment security is 'objectified' in the sense that it is presumed that older workers have smaller chances of finding another job (quickly). They therefore receive a higher compensation. In the first procedure (the procedure after the permit), 'real' employment security in a concrete case plays a bigger role in calculating the compensation than in the second.

This (increasing) effect of employment security on compensation is, however, still in development. This procedure has the disadvantage that the employer and the employee do not know in advance how the court will review the case and what attention the court will exactly pay to employment security. This procedure contains more uncertainties. This case law will, however, most likely be put to an end in the near future. For the new rules on dismissal – as following from the proposed new Act on Work and Security – the legislator² has opted for a standardised severance pay, which is called 'transition fee'.³ A new development in the relationship between employment security and the transition fee will probably start, since it will be possible for the employer to deduct from the transition fee the investments he has made in training his personnel. However, a positive result of the new Act will be that the transition fee is also extended to temporary contracts that have lasted at least two years.

To summarize, one can conclude that the current labour law in a sense does pursue a degree of job security, but that this job security is never absolute and that this is not where the primary protection of the employee is located. Labour law seeks to protect the employee against unjustified dismissal and through this, a certain continuity of

2 One can read here also 'social partners', since this proposed Act is based on a national pact between the social partners and the government in 2013.

3 Contrary to the formula described above, this transition fee is based on one's salary and seniority. The age of the worker does not play a (direct) role.

the employment relationship is guaranteed. However, if reasonable grounds for dismissal exist, which can be also entirely founded on economic considerations of the employer, then the continuity of employment is no longer guaranteed. Layoffs that afterwards prove to be unreasonable, are sanctioned by law by providing the worker with a financial compensation. However, a financial compensation at the end of the employment relationship is by the current state of Dutch law not an obvious matter.

The possibilities of the collective agreement as a legal instrument to implement employment security

Collective bargaining is primarily governed by the law of contracts where the freedom of contract forms the starting point. However, this does not mean that the social partners have an unlimited freedom where the content of collective agreements is concerned. The main limitations to the freedom of contract come from the mandatory statutory rules governing the individual employment relationship (statutory employment legislation). The legislature provides for a level of minimum protection of the employee. A large part of the statutory employment legislation in the Netherlands is, however, three-quarters mandatory, which means that only deviations by collective agreement are allowed. The number of these three-quarters mandatory is on the rise, which means that the legal scope for collective bargaining is therefore also increasing. The proposed Work and Security Act will even introduce more space for collective bargaining in the field of material dismissal law, which is currently quite limited.

However, currently no statutory rules exist where the *employability* aspect of employment security is concerned, which means that in the employability area social parties enjoy a very wide discretion to develop their own employability policy. They are, in fact, a very important ‘legislator’ in this area, because in the absence of collective agreements, the employers are faced with hardly any statutory obligations on this point. When the social partners wish to regulate the *transition* aspect of employment security, they encounter (much) more restrictions. Internal transitions that are accompanied by modifications of working conditions, such as salary, are regulated in a large degree by statutory employment law. Transitions from one employer to another – and, therefore, the termination of the employment contract – also concern an area that is largely regulated by law. However, this is more the case in individual terminations of contracts, and less so where collective terminations are concerned. Collective bargaining plays a bigger role in collective redundancies than in individual dismissal cases.

The collective bargaining parties must also take into account the individual fundamental workers’ rights. In particular, the principle of equal treatment can be of great importance in this context. There is a complex relationship between these two fundamental rights (the right to free collective bargaining and the right to equal treatment), which is currently not yet fully crystallised. Collective agreements often make distinctions between groups of employees in working conditions. Age discrimination is the most common ground for discrimination in collective agreements. For example, for younger employees a different scheme can exist than for older

employees. This distinction is usually made in order to provide for 'customised' arrangements and working conditions, meaning arrangements that are adapted to the special needs of the group in question. Sometimes, however, purely financial reasons exist for discrimination. Age distinction can only be objectively justified by a legitimate aim, if the means of achieving this aim are appropriate and necessary. On the basis of ECJ case law, one can easily come to the conclusion that social partners still have quite a lot of space to discriminate by age in collective agreements, provided the distinction is not solely based on financial grounds. They are, however, more and more requested to justify the discrimination they have introduced through a collective agreement. In that regard, it is not enough to merely refer to freedom of collective bargaining and to the principle of solidarity. The mere fact that it concerns a collective agreement where (representative) trade unions were involved does not mean that the discrimination is objectively justified. Social partners must, in short, take into account the principle of equal treatment in the process of collective bargaining.

Temporary agency workers are also often treated differently in collective agreements in comparison to workers who are directly hired by the user firm. This is usually done by significantly reducing the rights that the agency workers would otherwise have on the basis of 'successive employment', stipulated by law. Their working history with the user firm is, for example, not taken into account in the maximum 'chain of fixed-term contracts' if they are at some point directly employed by that user firm. This is a deviation from the law on successive employment (where the user firm is considered to be a successive employer). Such deviations from the law by collective agreements are, however, allowed, since the provision in question is only three-quarter mandatory. This discrimination in working conditions is, however, detrimental to both job and employment security of the temporary agency workers. The (European) legislator has attributed the social partners the authority to deviate from the principle of equal treatment where the agency workers are concerned. At the same time it seems that the ability for restricting the use of agency workers by collective agreement is being reduced as a result of the European Directive on Temporary Agency Work (2008/104/EC). The Directive prescribes that any restrictions or prohibitions on the use of temporary agency work – also when these are laid down in collective agreements – must be reviewed in order to verify whether they are justified on the grounds stipulated by the same Directive.

Collective agreements on employment security in practice

The empirical research on the content of collective agreements⁴ that was carried out for this study shows that employment security has been adopted by the social partners as a policy objective. Both the explicit term as well the idea that employees should be permanently trained in order to keep their employability up to date and that they should be offered help to make a transition to another can be found in

⁴ A survey was performed on a sample of about 100 sector level and company level collective agreements from the Netherlands. All agreements were in force between 2010 and 2013. The sample is not representative for all collective agreements, but it is representative for the number of employees covered by collective agreements.

collective agreements.⁵ However, the fact that the social partners seem to have embraced employment security does not mean that they give to it exactly the same meaning as do the national and European policy makers. Maintaining the employment level in a company or a sector is, for example, an important part of the employment security policies in many collective agreements, even though this would by many be grouped under the heading of job security and not employment security. This does not mean that no agreements are made on issues such as employability and job-to-job transitions. On the contrary, the survey shows that a large number of agreements contain provisions in which it is stated that the employer is required to develop an employability policy in his firm. It is noted that the term 'employability' is used in many cases, even though this is not a Dutch word and there is a Dutch word available with the same or similar meaning. Only a part of the provisions on employment security can, however, be labelled as normative provisions, meaning that they can be enforced by an individual employee. A larger part involves agreements that only apply to the relationship between the contracting parties, i.e. the employers and trade unions involved. In such clauses, the parties usually commit themselves to the obligation to keep negotiation about employment security.

In addition, it is clear that the social partners are still searching for ways to translate employment security to specific operations or specific employee claims. Other concrete claims than training – a subject that is traditionally to be found in many collective agreements – are not (yet) widespread. Moreover, a significant difference can be observed between the collective agreement regarding the time and the budget available for training. A frequent feature in collective agreements is the emphasis on shared responsibility of employers and employees in advancing employability. Collective agreements often stipulate that the employee is obliged to participate in training, to adapt to new job requirements, and, in some cases, even to accept a new position within the company or with another employer.

In some sectors, the focus is not so much on investments in preventive deployment of employability, but more on the (necessary) job-to-job transitions. This is currently particularly the case in the public sector, where the austerity measures lead to job cuts. The aim of the collective agreements in the public sector is, therefore, often to avoid for redundant workers to become unemployed, usually by postponing the resignation a considerable time. In the meantime, alternative employment is sought for the redundant workers, while internal redeployment opportunities must firstly be considered. After this, external outplacement (by outplacement agencies) becomes a common element in the procedure. However, this category of collective agreements is very diverse with regard to the practical implementation of the redundancy procedures. Thus, the duration of the replacement or outplacement period can vary considerably, as can the range of the supplementation scheme that applies to a new position. In almost all cases, the worker is obliged to cooperate with the

⁵ This proves to be the case, when one looks at the texts of the agreements. In this study, no research has been conducted on the take up rate or the effects of such agreements.

replacement or outplacement activities and accept a job offered to him. Otherwise, the employer is entitled to start the dismissal procedure immediately.

As indicated earlier, maintaining the employment level is also an issue that is often on the collective bargaining table. Agreements on this topic were found in a large majority of the investigated collective agreements. These agreements can vary considerably from one another. At the one end of the spectrum we can find agreements that seek to ensure that the unions or works councils are involved when a reorganisation needs to take place. At the other end of the spectrum are agreements that more or less provide guarantees that the level of employment will be retained for the duration of the agreement. This means, job cuts are not to be executed. Such 'guarantees' are often accompanied by, so called, flexibility measures, such as wage cuts, even though this is not always made explicit in the text of the collective agreement. In between there is a whole range of agreements that aim to directly or indirectly affect the employment level in the firm or the sector. Such agreements can also entail an individual claim. An example is a provision that provides that the workers already employed or only the redundant workers have a right of priority in case of vacancies. Most often, however, the collective agreements on employment are to be characterised as collective claims. For example, the collective agreement can impose a limit on overtime work in order to spread the available working time more and, maybe, establish more jobs available. Provisions on limiting the overtime work are often to be found in collective agreements. A large number of collective agreements also determine the extent to which the employer can make use of flexible contracts. None of the collective agreements prohibit the use of temporary workers, but a significant number of agreements do put restrictions on the use of flexible contracts.

Legal scope of the agreements on employment security

Collective agreements determine, in principle, the working conditions across the enterprise or the whole sector. This 'standardisation' of working conditions is not as absolute as it may seem at first sight. A collective agreement in the Netherlands does not automatically bind all employees or all employers in a sector. For this reason, this study has also investigated what workers (and employers) the social partners can bind (or reach) with the agreements on employment security. This is a relevant question, especially when we consider that such agreements do not only entail beneficial entitlements for workers, but also provisions that are not always in the interest of every individual worker. Examples of such provisions are already mentioned: provisions that oblige the (redundant) worker to comply with a replacement scheme, and provisions that lower certain working conditions, like pay, in order to retain the employment level. For this purpose, four different starting points or situations were used. Two are somewhat similar, in the sense that it concerns situations in which the agreement on employment security involves a mandatory transition to another job, and the situations in which the agreement on employment security also entails deterioration of working conditions (in order to retain the level of employment). A third situation is one in which a worker has already made a transition

to another job with another firm, but still enjoys some claims, such as wage supplements, on the basis of the collective agreement from his old job. This situation regards the question whether this former worker can be bound by new changes made in the collective agreement, for example, the abolishment or the reduction of such wage supplements for former workers. This is a relevant question in the context of employment security, since it explicitly deals with job-to-job transitions. The fourth and final situation concerns the enforcement of the aforementioned employment 'guarantees'. In this case, it is binding of the employer to the collective agreement that is at stake.

The Dutch collective labour law is based on a contractual and voluntary system, which means that in principle there can only be voluntary acceptance of the collective agreement.⁶ This means that a worker can only be bound by a collective agreement – and therefore only needs to comply with a mandatory transition to another job or only needs to accept the lower working conditions – if he is a member of the trade union that has (co)signed the collective agreement or if he has agreed to the applicability of the collective agreement to his employment contract, which is usually done through an 'incorporation clause'. Since the union density continues to decline, the number of workers that is truly voluntarily accepting the collective agreement is also on a decline. Although there are no signs that the use of the incorporation clauses is declining, the declining trend in union density can also – although indirectly – affect the scope of the incorporation clause. Scholars are also less and less inclined to interpret the incorporation clause as a clause stipulating that the worker has agreed to also be bound by *future* amendments of the collective agreement, in particular when this new agreement has been concluded by (evidently) unrepresentative trade unions. In the case of former employees – the third situation formulated for this research – we are dealing with the most indistinct situation: scholars do not agree whether these former workers can be bound by (a change in) a collective agreement and neither do the courts. The majority of scholars assume that for binding to a collective agreement an employment contract is required, which means that former employees are not bound to it, because they no longer have an employment contract with the employer concerned.

Employment guarantees fall rather under the heading of job security than employment security. It is said that for workers the former is more concrete than the latter. The commitment of the unions to job security – in the sense of preserving jobs – can, perhaps, produce a concrete agreement in the sense that a particular obligation on the side of the employer is formulated, but the question is whether this yields more certain or secure agreements. Maintaining the level employment concerns a long-term commitment. The employer commits himself to preserve the employment at a

6 A major exemption to this principle is, however, to be found in the extension of collective agreements by law in which case a (sector level) collective agreement is made generally binding for the whole sector. Most scholars will, however, argue that the collective bargaining system is still contractual (and voluntary), since the extension is a form of substantive law and not a form of collective bargaining.

certain level during the period of the collective agreement. Whether the employer will (be able to) keep this commitment often depends on more than his own (corporate) policy. It also depends on external factors, factors that are usually related to the market. However, this does not apply to the 'counter obligation' that the employees must meet in exchange for maintaining employment. Employees usually have the ability to meet their commitments in their own hands. The collective agreements on, for instance, working time flexibility or wage decrease can usually immediately be implemented in practice. In addition, such collective agreement clauses usually work directly in the individual employment contracts, because they are normative clauses, while the clauses on maintaining the employment levels are often obligatory. An individual employee cannot enforce them directly; the enforcement will depend on the trade unions and probably the outcome of the next negotiation rounds.

Concluding observations

Although the legal framework in which the social partners operate is increasingly complex, we can still say that the traditional benefits of the collective agreement in relation to legislation are still valid: it is a flexible instrument that can respond to the current needs on the labour market, while at the same time representing the interests of both employers and workers. However, there seems to be a paradox with regard to the relationship between collective bargaining and employment security. The decline of union membership is the biggest threat to the collective agreement. Employment security is often mentioned as a possible remedy, something that could turn the tide: if the unions would choose employment security as their main objective, then more people would become member. Employment security could be a way for the unions to profile and reinvent themselves. The low union density forms at the same time one of the biggest limitations for unions to create 'employment security arrangements', which truly serve the interests of the workers. Indeed, one of the basic conditions for this are trade unions who are an equal negotiating partner to the employers. Their ability to be a 'countervailing force' is threatened by their low degree of membership. When in addition it is expected of them to give up 'old securities' like job security, then the low degree of representativeness forms yet another stumbling block. Non-representative organisations have even less competence to make such important decisions for people and they will have difficulties winning the necessary trust to do so.

I therefore argue that trade unions are not helped much with simplified assumptions about both job and employment security. Nor do these simplified assumptions form a good basis for legislative proposals for dismissal law. Attention should be paid to both the continuity of one's career (employment security) and the continuity of the current job (job security). These two matters refer, after all, to different – but equally important – needs of people and together they lead to more freedom and independence. An average worker still needs the (basic) protection against unfair dismissal. This protection upholds other workers' rights *in a job*. It helps him to maintain certain autonomy from his employer. At the same time, the worker needs protection *in the*

labour market. In case his employer has a fair reason to dismiss him, the worker should be able to find new employment. He must be able to move freely in the labour market and have the freedom of choice to further develop himself. Only then is employment security, the security of the future. This much is certain: labour law has a role to play in both securities.

LITERATUURLIJST

Akkerman A., 'Verhoudingen tussen de sociale partners in Nederland anno 2005: corporatisme of lobbyisme?', *Beleid en Maatschappij* 2005, vol. 32 nr. 4, p. 187-198.

Armour J. en S. Deakin, 'Insolvency and employment protection: the mixed effects of the Acquired Rights Directive' *International Review of Law and Economics* 2002, vol. 22, nr. 4, p. 443-463.

Arthurs H., 'Labour law after Labour', in G. Davidov en B. Langille (red.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press 2011, p. 18.

Ashiagbor D., 'Collective Labor Rights and the European Social Model' *Law & Ethics of Human Rights* 2009 vol. 3, nr. 2, p. 222-266.

Ashiagbor D., *The European Employment Strategy*, Oxford: Oxford University Press 2005.

Ashiagbor D., 'The Right to Work', in G. de Burca en B. de Witte (red.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press 2005, p. 243-259.

Ashiagbor D., 'Flexibility and Adaptability in the EU Employment Strategy', in: H. Collins, P. Davies en R. Rideout, *Legal Regulation of the Employment Relation*, London/The Hague: Kluwer Law International 2000, p. 373-401.

Asscher-Vonk I.P., *Dienend sociaal recht?*, (afscheidsrede Nijmegen) Deventer: Kluwer 2009.

Asscher-Vonk I.P., *Toegang tot de dienstbetrekking*, diss. UvA, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

Baltussen M.F., 'De cao en ex-werknemers: een (on)mogelijke combinatie?' in A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 79-105.

Barentsen B., 'Ontslagvergoeding in het nieuwe ontslagrecht', *TRA* 2013/23.

- Baris A., *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, diss. UvA, Deventer: Kluwer, 2009.
- Baris A., 'De grondslagen van de ontslagvergoeding: geld of gelijkheid?', *ArA* 2007/2.
- Baris A. en E. Verhulp, 'Scholing en ontslag: flexibiliteit en werkzekerheid', *SMA* 2006, p. 46-56.
- Barkhuysen T., M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2005.
- Barnard C. en S. Deakin, 'In Search of Coherence: Social Policy, the Single Market and Fundamental Rights', *Industrial Relations Journal* 2000, vol. 31 nr. 4, p. 331-345.
- Bekker S. en T. Wilthagen, 'Flexicurity – a European approach to labour market policy', *Intereconomics: Review of European economic policy* 2008 vol. 43 nr. 2, p. 68-111.
- Bell M., 'Between flexicurity and fundamental social rights: the EU Directives on atypical work' *European Law Review* 2012, vol. 37, nr. 1, p. 31-48.
- Beltzer R.M., 'Enkele aspecten van cao-recht', *TAP* 2014/10.
- Beltzer R.M. en E.M. Hoogveen, 'Overgang van onderneming', Verburg L.G. en W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2013, p. 141-168.
- Beltzer R.M., 'Het incorporatiebeding: verleden, heden en toekomst', in A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 109-125.
- Beltzer R.M. en R. de Bock, 'Nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen in de 21^e eeuw: iets, niets of geheel?', in A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.) *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 127-150.
- Beltzer R.M., 'Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert', *NJB* 2010/1802.
- Beltzer R.M., 'Dertig jaar overgang van onderneming – een lijst van wensen', *SMA* 2007 nr. 2, p. 59 e.v.
- Van den Berg A., 'Flexicurity: what can we learn from the Scandinavian experience?' *European Journal of Social Security* 2009 vol. 11, nr. 3, p. 245-269.
- Besselink L.F.M., 'De publieke taak en de sociale grondrechten; de betrekkelijke waarde van sociale grondrechten' in *De publieke taak: staatsrechtconferentie 2002*, Vrije Universiteit Amsterdam 2003, p. 95-111.

- Van Beukering-Rosmuller E.J.M., 'Imprévision en zelfregulering. Het belang van zelfregulering met betrekking tot onvoorziene omstandigheden in zakelijke contractuele (duur)relaties, de juridische inkadering en nadere vormgeving daarvan', *Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht* 2006, nr.2, p. 40-53.
- Blackett A. en C. Sheppard, 'Collective Bargaining and Equality: Making Connections', *International labour review* 2003, nr. 4, p. 419-457.
- Boeije H., *Analyseren in kwalitatief onderzoek*, Amsterdam: Boom Lemma uitgevers 2005.
- Bogedan C., W. Brehmer en H. Seifert, 'Wie krisenfest sind betriebliche Bündnisse zur Beschäftigungssicherung?', *WSI-Mitteilungen* 2011/02.
- Boot G.C., 'Nieuwe inlenersaansprakelijkheid op grond van art. 7:692 BW', *Arbeids-Recht* 2011/10.
- Boot G.C., *Arbeidsrechtelijke bescherming*, diss. Leiden, Den Haag: SDU Uitgevers 2005.
- Bouwens W.H.A.C.M., *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.
- Bouwens W.H.A.C.M., M.S. Houwerzijl en W.L. Roozendaal, *H.L. Bakels. Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, 21^e druk.
- Bredgaard T. en F. Larsen, 'External and Internal Flexicurity: Comparing Denmark and Japan', *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2010 nr. 4, p. 745-775.
- Brunner C.J.H. en G.T. de Jong, *Verbindenissenrecht Algemeen*, Deventer: Kluwer, 1999.
- Bruun N. en B. Hepple, 'Economic Policy and Labour Law', in B. Hepple en B. Veneziani (eds), *The Transformation of Labour Law in Europe. A comparative study of 15 countries 1945-2004*, Hart Publishing 2009, p. 31-57.
- Buijs D.J., 'Concurrentiebeding' in L.G. Verburg e.a. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818)*, Reeks VvA 41, Deventer: Kluwer 2014, p. 25-31.
- Bungener A.F., *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2008.
- Burkens M.C., W. Driehuis en J. van den Doel, *Werkgelegenheid: recht of beleid?*, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1979.
- Burroni L. en M. Keune, 'Flexicurity: A conceptual critique', *European Journal of Industrial Relations* 2011 vol. 77, nr. 1, p. 75-91.

- Cherednychenko O.O., *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, diss. Utrecht: Sellier, European law publishers 2007.
- Christe D. en T. van Peijpe, 'Functies van ontslagrecht' in M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters (red.) *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 23-48.
- Christe D. en E. Koot-van der Putte, 'Wet AVV, een robuust compromis tussen vrijheid, dwang en behoefte aan diversiteit', *SMA* 2008 nr. 2, p. 98-106.
- Calmfors L., 'Flexicurity – An Answer or a Question?' *European Policy Analysis*, Swedish Institute for European Policy Studies 2007 nr. 6, p. 1-5.
- Collins H., 'Theories of Rights as Justifications for Labour Law' in G. Davidov and B. Langille (eds), *The Idea of Labour Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 137-155.
- Collins H., 'European Social Policy and Contract law' *European Review of Contract Law* 2007 vol. 3, nr. 1, p. 78-87.
- Collins H., *Employment law*, Oxford University Press 2003.
- Commissie Arbeidsparticipatie (Commissie Bakker), *Naar een toekomst die werkt*, Rotterdam 2008.
- Countouris N. en R. Horton, 'The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise?' *Industrial Law Journal* 2009 vol. 38, nr. 3, p. 329-338.
- Davies P. en M. Freedland, *Labour Law: Texts and Materials*, London: Weidenfeld and Nicolson, 1984.
- Davies A.C.L., *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press 2009.
- Deakin S. en W. Njoya, 'The Legal Framework of Employment Relations' in P. Blyton e.a. (red.) *The SAGE Handbook of Industrial Relations*, SAGE, 2008, p. 284-305.
- Deakin S., 'Social Rights in a Globalized Economy' in Ph. Alston (red.), *Labour Rights as Human Rights*, Oxford University Press, 2005, p. 25-60.
- Dekker F., 'Werkzekerheid door functionele flexibiliteit' *ESB* 2011 vol. 96 (4617), p. 510-511.
- Dekker R., 'Flexicurity: een kritische blik op de mogelijke uitruil tussen baanzekerheid en werkzekerheid', in: A. van Halem, (red.), *Flexicurity: Modernisering van de arbeidsmarkt vanuit Europees perspectief*, Handboek OR Strategie en beleid, Kluwer, Alphen aan de Rijn 2008, p. 53-57.

- Delgado R. en W.A. Zondag, 'Het concurrentiebeding in de CAO', SR 2001/5.
- Dingemans C.E. en O. van der Kind, 'Ongelijkheidscompensatie en onduidelijke bedingen', *Arbeidsrecht* 2001/4.
- Van Dooren M.I., *Recht op arbeid vrij van rassendiscriminatie*, diss. Tilburg, eigen uitgave, 1997.
- Driessen M.J.A.C. en N. Gundt, 'Gevaarlijke crisismix: Wijziging van de arbeidsovereenkomst en verwijtbare werkloosheid', *TRA* 2013/66.
- Van Drongelen J. en S.E.H. Lacroix, *De vrijheid van arbeidskeuze en de regeling van nevenarbeid in collectieve arbeidsovereenkomsten*, Zutphen: Paris 2012.
- Duk R.A.A., 'De arresten van 27 november 2009 en 12 februari 2010 en de Aanbevelingen van de Kring van de Kantonrechters: wie heeft gelijk?' *TRA* 2010/5.
- Duk R.A.A., 'Ontbinding, opzegging en de bijbehorende vergoedingen: shall the twain ever meet?' *ArbeidsRecht* 2010/36.
- Duk R.A.A., 'Kennelijk onredelijk: radeloos, redeloos en reddeloos?', *SMA* 2008, nr. 5, p. 207.
- Duk R.A.A., "Het einde van de discussie over het ontslagrecht?", *SMA* 2007, p. 43-44.
- Duk R.A.A., 'Stakingsdoeleinden', in *De Maris-bundel: opstellen aangeboden aan mr. A.G. Maris*, Deventer: Kluwer 1989, p. 19-27.
- EC, *New Skills for New Jobs. Anticipating and matching labour market and skills needs*, COM (2008) 868 def.
- EC, 'Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security', COM (2007) 359 def..
- EC Groenboek, *De modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21e eeuw*, COM (2006) 708 def.
- Emaus J.M. en A.L.M. Keirse, 'EVRM en Privaatrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011/70.
- Fase W.J.P.M., *Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1980.
- Fase W.J.P.M., *De botsing tussen de contracts- en vakverenigingsvrijheid, Enige beschouwingen over het c.a.o.-recht*, Deventer: Kluwer 1981.

- Fase W.J.P.M., 'Sociale rechtsvorming of scharrelrecht?' *SMA* 2001/5.
- Fase W.J.P.M., 'CAO-recht en contractsvrijheid', *Arbeid Integraal* 2002, nr. 4, p. 129-133.
- Fase W.J.P.M. en J. van Drongelen, *C.A.O.-recht. Schets van het recht met betrekking tot c.a.o.'s, verbindend verklaren van bepalingen ervan en aanverwante regelingen*, Deventer: Kluwer 2004.
- Franx-Schaap E.N. e.a., 'Samenloop: op zijn beloop laten of de knoop ontrafelen?', in A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.) *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 151-172.
- Freedland M.R., *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, 2003.
- Franssen E.J.A. en G.J.J. Heerma van Voss, 'Doorwerking van bronnen van het arbeidsrecht op de verplichtingen van werkgever en werknemer', *SR* 2007 nr.11, p. 359-364.
- Fudge J., 'Labour as a 'fictive commodity'', in G. Davidov en B. Langille (red.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press 2011, p. 120-136.
- Goetschy J., 'The implications of the Lisbon Strategy for the Future of Social Europe: "On the Road" or "New Age"?' *International Journal of Comparative Labour Law* 2007 vol. 23 nr. 4, p. 499-523.
- Goldschmidt J.E., 'Contractvrijheid en gelijke behandelingsrecht', in T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 255-266.
- Govaert M.M. en J.J.M. de Laat, 'Collectief ontslag en vernietigbaarheid', *TRA* 2012/74.
- Van der Grinten W.C.L., *Arbeidsovereenkomstenrecht*, bewerkt door W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Deventer: Kluwer 2011.
- Grapperhaus F.B.J., 'De toren van Babel en het in het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid beoogde nieuwe ontslagstelsel', *TRA* 2014/22.
- Grapperhaus F.B.J., 'Wijziging van de arbeidsrelatie bij gewijzigde omstandigheden' *TRA* 2008/3.
- Grapperhaus F.B.J., 'Representativiteit van werknemersorganisaties' in R.A.A. Duk e.a. *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 103-119.
- Grapperhaus F.B.J., *Werknemersconcurrentie: beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever*, Deventer: Kluwer 1995.
- Gundt N., 'Verruiming ketenregeling een dode letter dankzij het Hof van Justitie EU?', *TRA* 2010/ 88.

Ter Haar B.P., 'Open Method of Coordination: A New Stepping Stone in the Legal Order of International and European Relations', *Nordic Journal of International Law* 2008, vol. 77, nr. 3, p. 235-251.

Van Haelst M.A., 'ABU-CAO en de knelpunten van de loonverhoudingsnorm', *Arbeids-Recht* 2005/52.

Haipeter T. en S. Lehdorff, 'Collective Bargaining on Employment', Working Paper Nr. 3. Genève: Industrial and Employment Relations Department, ILO, 2009.

Hammond S. en Ronfeldt P., 'Legal Methods: Asking New Questions about Law and the World of Work', in: K. Whitfield en G. Strauss (red.), *Researching the World of Work: Strategies and Methods in Studying Industrial Relations*, Ithaca and London: ILR Press 1998, p. 227-238.

Van Haren I.A.C., 'Flexibiliteit in het aanstellings- en ontslagrecht', in L. Bots e.a. (red.) *Blinde vlekken in het sociaal recht*. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. B.S. Frenkel, Deventer: Kluwer 1986.

Harteveld L., 'Loonvorming in tijden van crisis' *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 2012 vol. 28 nr. 2, p. 138-161.

Heemskerk M., 'Leeftijdscriminatie en arbeidsvoorwaarden', *NJB* 2006/08.

Heerma van Voss G.J.J., *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Heerma van Voss G.J.J., J.J.M. de Laat, S.F. Sagel en E. Verhulp, 'Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010', *TRA* 2010/5.

Heerma van Voss G., 'Alternatieven voor ontslagvergoedingen', in E. Verhulp e.a. (red.) *De ontslagvergoeding in beweging* Den Haag: Sdu 2008, p. 91-103.

Heerma van Voss G.J.J., 'Life-long-learning as an individual social right', in: F.J.L. Pennings, Y. Konijn en A.G. Veldman (red.), *Social responsibility in labour relations: European and comparative perspectives*, Wolters Kluwer 2008, p. 119-130.

Heerma van Voss G.J.J. (red.), *Scholing in het sociaal recht*, Kluwer: Deventer 2008.

Heerma van Voss G.J.J., 'Driekwart dwingend recht;', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 121-133.

Heerma van Voss G.J.J., *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, reeks VvA nr. 29, Deventer: Kluwer 1999.

Heerma G.J.J. van Voss en A.J.C.M. Geers, *Inleiding Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1995.

Heerma van Voss G.J.J., *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1992.

Van der Heijden P.F., J.M. van Slooten en E. Verhulp (red.), *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Van der Heijden P.F., 'Uitleg van CAO-bepalingen', *ArbeidsRecht* 1994/8.

Heinsius J., 'Scholing in het collectieve ontslagrecht', in: G.J.J. Heerma van Voss (red.), *Scholing in het sociaal recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 203-227.

Heinsius J., *Collectief ontslagrecht. Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving*, diss. Leiden, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Hendrickx F.H.R., 'Regulating Flexicurity and Responsive Labour Law', in F.H.R. Hendrickx (red.), *Flexicurity and the Lisbon Agenda. A Cross-Disciplinary Reflection*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 123-161.

Hendrickx F., 'Flexicurity and the EU approach to the law on dismissal', *Tilburg Law Review* 2007 vol. 14, nr. 1-2, p. 90-106.

Hendrickx F. en M. van Putten, Verslag van het discussieforum betreffende het Groenboek Modernisering Arbeidsrecht, gehouden op 1 en 2 februari 2007 te Leuven – Tilburg, in *Arbeid Integraal* 2007/1 p. 157-172.

Hendriks A.C., *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten; een grondrechtelijke en rechtsvergelijkende analyse*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2000.

Hepple B., 'A right to work?' *Industrial Law Journal* 1981, vol. 10, nr. 1, p. 65-83.

Hepple B., 'Factors influencing the making of labour law', in G. Davidov en B. Langille (red.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press 2011, p. 30-42.

Hermans K.H. en M.S. Houwerzijl, 'Verbeterde positie uitzendkracht en uitzendarbeid', *TRA* 2009/60.

Van den Heuvel L.H., *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, diss. UvA, Deventer: Kluwer, 1983.

Heyma A. en S. van der Werff, 'De sociaaleconomische situatie van langdurig flexibele werknemers', Amsterdam 2013.

Holtzer M., W.A. Zondag en B. Degelink, 'Wijziging van arbeidsvoorwaarden' in Verburg L.G. en W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2013.

Hondius E.H., 'De zwakke partij in het contractenrecht; over verandering van paradigmata van het privaatrecht', in T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-393.

Houweling A.R., *Eigenaardig arbeidsrecht. Grondslagen van een modern arbeidsrecht*, Rede Erasmus Universiteit Rotterdam, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Houweling A.R. en L.J.M. Langedijk, 'Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture', *ArA* 2011 vol. 10 nr. 1.

Houweling A.R. en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Houweling A.R. en C.J. Loonstra, 'Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?', *TAP* 2011/5.

Houweling A.R. en C.J. Loonstra, 'Het concurrentiebeding in artikel 7:653 BW: welk regelingsmodel?', in W.G.M. Plessen, J. van Drongelen en F. Hendrickx (red.), *Sociaal Recht: tussen behoud en vernieuwing*, Zutphen: Paris 2011, p. 379-398.

Houweling A.R., 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen. Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?', *Ars Aequi* 2010, p. 574-578.

Houweling A.R., 'Investeren in werkzekerheid', *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht compleet* 2007, nr. 6.

Houwerzijl M.S. en N. Zekić, 'Artikel 19 – Werkgelegenheid en arbeidskeuze', in: *Nederland Rechtsstaat, wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet*, 2013, www.nederlandrechtsstaat.nl.

Houwerzijl M.S. en S.S.M. Peters (red.) *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Liber amicorum voor Irene Asscher-Vonk, Deventer: Kluwer 2009.

Houwerzijl M.S., 'Arbeidsmarktbeleid in het licht van de kredietcrisis: blijf positief', *SMA* 2008/9.

Howe J., 'Poles Apart? The Contestation between the Ideas of No Fault Dismissal and Unfair Dismissal for Protecting Job Security' *Industrial Law Journal* 2013 vol. 42, nr. 2, p. 122-151.

- Hyman R., 'The State in Industrial Relations' in P. Blyton e.a. (red.) *Handbook of Industrial Relations* (London: SAGE, 2008) p. 258-283.
- Humblert P., *De gezagsuitoefening door de werkgever*, Antwerpen: Kluwer rechtswetenschappen 1994.
- Houtzager D.C. en N. Bochhah, 'Onderscheid op grond van ras bij de arbeid: nieuwe ontwikkelingen', *SR* 2004/54.
- IVA, *Ontslagzaken via de kantonrechter*, Tilburg: IVA 2009.
- Jacobs A.T.J.M., *Labour and the law in Europe*, Nijmegen: Wolf legal publisher 2011.
- Jacobs A.T.J.M., 'Sociaal recht en sociale politiek na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (deel I)', *TRA* 2010/76.
- Jacobs A.T.J.M., 'De houdbaarheid van ons cao-systeem', *ArbeidsRecht* 2006/45.
- Jacobs A.T.J.M., *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.
- Jacobs A.T.J.M., 'Changing Perspectives on Dismissal Protection', in: R. Blanpain en M. Weiss (red.), *Changing industrial relations & modernisation of labour law: liber amicorum in honour of professor Marco Biagi*, Kluwer Law International 2003.
- Jacobs A.T.J.M., 'The Right to Work and the Freedom of Work', *Bulletin of Comparative Labour Relations* 2001, nr. 39, p. 59-69.
- Jacobs A.T.J.M., *Elementair sociaal recht*, 7e druk, Groningen: Wolters-Noordhoff 2000.
- Jacobs A.T.J.M., 'Het typische van het arbeidsrecht', *NJB* 1997, p. 1972.
- Jacobs A.T.J.M., 'Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie', in: L. Betten (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 67-80.
- Jacobs A.T.J.M., *Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief*, diss. Tilburg, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986.
- Jacobs A.T.J.M., 'Grenzen aan de regelingsmacht der CAO-partijen', preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1982.
- Jacobs A.T.J.M., 'Recht op arbeid; recht op billijke arbeidsvoorwaarden; recht op sociale zekerheid', in: J.M. Van der Ven e.a., *Het Europees Sociaal Handvest*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, 71-112.

- Jansen C.J.H. en C.J. Loonstra, 'De inhoud van de collectieve arbeidsovereenkomst in het interbellum', *SMA* 1994, vol 49 nr. 3, p. 149-165.
- Jaspers A.Ph.C.M., 'Toekomstbestendigheid van het cao-recht', in A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 1-15.
- Jaspers A.Ph.C.M., 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?' *ArA* 2008, nr. 1, p. 4-42.
- Jaspers A.Ph.C.M., 'De Gordiaanse knoop van samenlopende CAO's' *SR* 2005, p. 362-375.
- Jaspers A. Ph.C.M., 'Betekenis en functie van de arbeidsovereenkomst in haar maatschappelijke context', *SMA* 1982.
- Jellinghaus S.F.H., *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 2003.
- Kahn-Freund O., 'On Uses and Misuses of Comparative Law', *Modern Law Review* 1974 vol. 37 nr. 1, p. 1-27.
- Kenner J., *EU Employment Law: From Rome to Amsterdam and Beyond*, Oxford: Hart Publishing 2003.
- Kerkhof M.B. en S.F. Sagel, 'Scholing en collectieve arbeidsovereenkomst' in G.J.J. Heerma van Voss (red.), *Scholing in het sociaal recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 159-178.
- Keune M., 'Between Innovation and Ambiguity' in F.H.R. Hendrickx (red.), *Flexicurity and the Lisbon Agenda. A Cross-Disciplinary Reflection*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 49-63.
- Klosse S., 'Flexibel werken: van disbalans naar evenwicht', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 2013 vol. 29, nr. 2, p. 118-134.
- Knegt R. en F.H. Tros, 'A-factor en arbeidsmarkt: pretenties en consequenties van de nieuwe kantonrechtersformule' *TRA* 2009/95.
- Konijn Y., *Cumulatie of exclusiviteit? Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst*, diss. Utrecht, Den Haag: Boom juridische uitgevers 1999.
- Koning G.E., *Nieuwe technologieën en werknemersinspraak*, diss. Utrecht, Den Haag: Koninklijke Vermande 1998.

Koopmans T., *De begrippen werkmán, arbeider en werknemer*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1962.

Koot-van der Putte E., *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, diss. UvA, eigen uitgave, 2007.

Koot-van der Putte E., 'Zzp'ers en de cao: mogelijk en wenselijk?' in A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (reds.), *De toekomst van het cao-recht*, Vereniging voor Arbeidsrecht 39, Deventer: Kluwer, 2011, p. 59-77.

Koot-van der Putte E., 'Selectief avv van cao's bij ontbreken afspraken over scholing', *TAP* 2011/1, p. 16-25.

Koppen M.C., 'Het concurrentiebeding en het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi', *TAP* 2013/2, p. 66-73.

Korevaar K., *Strategische Arbeidsvoorwaardenvorming*, diss. UvA, Amsterdam: Mets en Schilt 2000.

Kötter, R.F., *De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2010.

Kruit P., 'De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar fortifair, of toch weer billijkheid?', *TAP* 2014/8.

Kruit P., *De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst*, diss. Rotterdam, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Kruit P. en C.J. Loonstra, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2008: het einde van een tijdperk', *ArbeidsRecht* 2009/6-7.

Langille B., 'Labour Law's Theory of Justice', in G. Davidov en B. Langille (red.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press 2011, p. 101-119.

Léonard E., 'Industrial Relations and the Regulation of Employment in Europe', *European Journal of Industrial Relations* 2001 vol. 7 nr. 1, p. 27-47.

Levenbach M.G., 'Veertig jaar arbeidsrecht', Afscheidscollege Amsterdam, 8 oktober 1966, in H.L. Bakels (red.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer: Kluwer 1977.

Lindahl H.K., 'Zelfregulering: rechtsvorming, democratie en reflexieve identiteit', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2006-2, p. 39-48.

Loonstra C.J. en P.Th. Sick, 'Het Wetsvoorstel werk en zekerheid (33 818) in vogelvlucht: dekt de vlag de lading?', *TAP* 2014/1.

Loonstra C.J. en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Loonstra C.J., 'Het nieuwe artikel 7:653 BW gewogen in het licht van artikel 19 lid 3 Grondwet', *SMA* 2005/2.

Loonstra C.J., 'Het sociaal plan: de mist is nog lang niet opgetrokken', *ArA* 2002/3.

Loonstra C.J., 'Uitzend- of inleen-CAO? De loonverhoudingsnorm van art. 8 Waadi', *Ondernemingsrecht* 1999, nr. 3, p. 69-73.

Loth M.A., *Dwingend en aanvullend recht*, Monografieën BW A 19, Deventer: Kluwer, 2009.

Luttmer-Kat A.M., *Ontslagbescherming van werknemers*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 1985.

Luttmer-Kat A.M., 'Zijn collectieve acties tegen ontslagmaatregelen rechtens toegestaan?', *SMA* 1989, p. 333-348.

Luttmer-Kat A.M., *Ondernemersbesluiten onder actievuur*, rede Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer 1990.

Luttmer-Kat A.M., 'De preventieve ontslagtoetsing: een paard achter de wagen?' in in M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters (red.) *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 65-81.

Macklem P., 'The Right to Bargain Collectively in International Law: Workers' Right, Human Right, International Right?' in Ph. Alston (ed.) *Labour Rights as Human Rights*, Oxford University Press 2005, p. 61-84.

Maes G., *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen: Intersentia 2003.

Mailand M., 'The common European flexicurity principles: How a fragile consensus was reached' *European Journal of Industrial Relations* 2010 vol. 16, nr. 3, p. 241-257.

Mantouvalou V., 'Are labour rights human rights?' *European Labour Law Journal* 2012, vol. 3, nr. 2, p. 151-172.

Marsden D., *A Theory of Employment Systems: Micro-Foundations of Societal Diversity*, Oxford: Oxford University Press 1999.

- Meyers F., *Ownership of jobs: a comparative study*, Los Angeles: Institute of Industrial Relations 1964.
- Milner S., 'Towards a European labour market? Trade unions and flexicurity in France and Britain' *European Journal of Industrial Relations* 2012 vol. 18, nr. 3, p. 219-234.
- Van Minnen P.S. en W.A. Zondag, 'Ontslagvergunning onder ontbindende voorwaarde', *ArA* 2002/1.
- Mollema D.F.A., 'Het belangengeschild van belang?' *SR* 2006, vol. 21 nr. 1, p. 16-24.
- Mundlak, G. 'The third function of labour law', in G. Davidov en B. Langille (red.) *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press 2011, p. 315-328.
- Mundlak G., 'The Right to Work – The Value of Work', in D. Barak-Erez en A.M. Gross (red.), *Exploring Social Rights. Between Theory and Practice*, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 341-366.
- Nagelkerke G., W.G.M. Plessen en A.C.J.M. Wilthagen, 'Van arbeidsverhouding naar verhouding tot de arbeid: een paradigmawisseling?', *SMA* 2008, nr. 11/12.
- Nieuwenhuis J.H., 'Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel', in T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 23 e.v.
- Njoya W., *Property in Work: The Employment Relationship in the Anglo-American Firm* Aldershot: Ashgate 2007.
- Njoya W., 'Employee Ownership and Efficiency: An Evolutionary Perspective' *Industrial Law Journal* 2004 vol. 33, p. 211-241.
- Njoya W., 'Job Security in a Flexible Labour Market: Challenges and Possibilities for Worker Voice' *Comparative Labor Law and Policy Journal* 2012 vol. 33, nr. 3, p. 459-479.
- NMa – Visiedocument, *Cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet*, Den Haag, december 2007.
- Noordam F.M., 'Einde werk, einde verhaal? Vijf modellen', in C.J. Loonstra (red.), *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21e eeuw : Liber Amicorum voor prof. mr. F. Koning*, p. 327 e.v.
- Ojeda Avilés A. en J. García Viña, 'Regulation of the Labour Market', in B. Hepple en B. Veneziani (red.) *The Transformation of Labour Law in Europe*, Oxford: Hart publishing 2009, p. 59-98.
- Pennings F.J.L., 'Driekwart dwingend recht: de werknemer voldoende beschermd?', *TRA* 2012/43.

- Pennings F.J.L., 'De Werkverzekering: flexibiliteit en zekerheid in balans?', *TRA* 2009/22.
- Pennings F.J.L., *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context*, Deventer: Kluwer 2007.
- Peruzzi M., 'Autonomy of European Social Dialogue' *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2011 vol. 27, nr. 1, p. 3-21.
- Peters S.S.M., 'Ontslag(zeker) van Donner tot Bakker', *SMA* 2008, nr. 10.
- Peters S.S.M., 'Het A en C van de nieuwe kantonrechttersformule', *NJB* 2009/182.
- Van Peijpe T., 'Toepassing van EU-grondrechten in nationaal arbeidsrecht', *TRA* 2012/76.
- Van Peijpe T., 'De arresten Laval en Viking en hun gevolgen', *SMA* 2008/4.
- Van Peijpe T., 'Contractvrijheid en de werknemer', in T. Hartlief en C.C.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 363-377.
- Van Peijpe T., *Employment Protection under Strain (Sweden, Denmark, The Netherlands)*, The Hague: Kluwer Law International 1998.
- Van Peijpe T., 'Ongelijkheidscompensatie in het ontslagrecht', in: Betten, L. e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 369-380.
- Van Peijpe T., *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985.
- Plantenga J., 'Flexibiliteit en de kosten van onzekerheid', in *Flexibiliteit en zekerheid op een dynamische arbeidsmarkt: De balans in beweging*, SZW Congres 2013, p. 124-136.
- Plessen W.G.M., 'Een essentiële fase in het uitzendrecht' in A.T.J.M. Jacobs en F.J.L. Pennings (red.) *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, Zutphen: Paris, 2007, p. 185-199.
- Pott S. en L. Junger, *Werving en selectie in cao's (2004): een onderzoek naar de doorwerking van de Stichtingsaanbevelingen met betrekking tot werving en selectie op cao-niveau*, Ministerie van SZW 2004.
- Pruijt H. en P. Derogee, 'Employability and job security, friends or foes? The paradoxical reception of employability in the Netherlands', *Socio-Economic Review* 2010 vol. 8, nr. 3, p. 437-460.

Quist J.P., 'Kennelijk onredelijk ontslag: ook na de Grijp/Stam en Rutten/Breed behoefte aan (meer) voorspelbaarheid en rechtszekerheid' *Tijdschrift arbeidsrecht-praktijk* 2010/2.

Raaijmakers G.T.M.J., *Garanties bij overnames. Over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames*, diss. Tilburg, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Ramaux C., 'Flexicurité : quels enjeux théoriques ?', *Economie et institutions* 2006, nr. 9, p. 11-34.

Rayer C.W.G., *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2014.

Reynaerts W.H.J., 'De cao en de collectieve verhoudingen' in L. Bots e.a. (red.) *Blinde vlekken in het sociaal recht*, Opstellen aangeboden aan prof. Mr. B.S. Frenkel, Deventer: Kluwer 1986, p. 244 e.v.

Rigaux M., 'Collectief bedongen werkzekerheid: een vrije reflectie over de grenzen van de subsidiariteit', in: M. Rigaux en W. Rauws (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 695-733.

Rigaux M., *Labour Law or Social Competition Law? On labour in its relation with capital through law*, Antwerpen: Intersentia 2009.

Rigaux M. en T. van Peijpe, *Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht*, Reeks VvA 20, Alphen aan den Rijn 1994.

Risse M., 'A right to Work? A Right to Leisure? Labor Rights as Human Rights' *Law & Ethics of Human Rights* 2009 vol. 3, nr. 1, p. 1-39.

Rodgers L., 'Labour Law and Employment Policy in the EU: Conflict or Consensus?' *International Journal of Comparative Labour Law* vol. 27 (2011) 4 p. 387-405.

Roest J., *Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 1996.

Rojot J., 'Security of Employment and Employability', in R. Blanpain (red.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, The Hague: Kluwer Law International 2010, p. 459-480.

Rönnmar M., 'The Managerial Prerogative and the Employee's Obligation to Work: Comparative Perspectives on Functional Flexibility', *Industrial Law Journal*, 2006 vol. 35 nr. 1, p. 56-74.

Rood M., 'Internationalization: a new incentive for labour law and social security law', in *Labour law at the crossroads: changing employment relationships*. Studies in honour of Benjamin Aaron, Den Haag: Kluwer Law International, 1997.

Rood M.G., 'Over grondrechten in dienstbetrekking en hun grenzen', in P.B. Cliteur en A.P.J.M. Vonken (red.), *Doorwerking van mensenrechten*, Groningen: Wolters Noordhoff 1993, p. 125-141.

Roosendaal W.L., *Werk en Privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2011.

Roosendaal W.L., 'Gezichtspunten bij ontslag: verwijtbaarheid, proportionaliteit en continuïteit', *ArA* 2009/3.

Roosendaal W.L., 'The times they are a-changing – wijziging van arbeidstijden en het belang van de werknemer', *SMA* 2007/45.

Rubin E.L., 'Deregulation, regulation, and the myth of the market', *Washington and Lee Law Review* 1988, vol. 45, nr. 4, p. 1249-1274.

Sagel S.F., 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's' *ArbeidsRecht* 2006-44, nr. 8/9.

Salais R., 'Security in a flexible economy: toward a third age for work and welfare links?', *Transfer* 2001 vol. 7 nr. 2, p. 309-320.

Sarfati H., 'Welfare and Labour Market Reforms: A New Framework for Social Dialogue and Collective Bargaining?' *European Journal of Industrial Relations* 2003, vol. 9, nr. 3, p. 265-282.

Sciarra S., 'Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty', *Industrial Law Journal* 2010, vol. 39, nr. 3, p. 223-243.

Van Schaik J., 'Externe beïnvloeding van de besluitvorming van ondernemingen bij fusies, reorganisaties en bedrijfssluitingen', in M.G. Rood e.a., *Het collectief arbeidsrecht nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 1984, p. 105-130.

Scheele D., J.J.M. Theeuwes en G.J.M. de Vries (red.), *Arbeidsflexibiliteit en ontslagrecht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007.

Schultze C.L., 'Has job security eroded for American workers?', in M. Blair en T. Kochan (red.), *The new relationship: Human capital in the American Corporation*, Washington DC: Brookings Institution 2000, p. 28-65.

Sebardt, G., *Redundancy and the Swedish model in an international context*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2006.

- SER, *Welvaartsgroei door en voor iedereen. Advies over het sociaal-economisch beleid op middellange termijn*, Publicatienummer 8, 2006.
- Sleeking O.A. en R.J. Rok, 'Vervangt het aanbestedingsrecht de contractvrijheid in de private sector?' *Bedrijfsjuridische berichten* 2013/6.
- Van Slooten J.M., 'Het komende driekwartdwingende ontslagrecht', *TRA* 2013/76.
- Van Slooten J.M., 'Collectieve verlaging van arbeidsvoorwaarden', in R.M. Beltzer e.a., *De onderneming in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 43-56.
- Van Slooten J.M., 'Overgang van onderneming en bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden', *ArbeidsRecht* 2000/31.
- Van Slooten J.M., *Arbeid en loon*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1999.
- Van Slooten J.M., 'De aard en werking van het sociaal plan', *SR* 1995, p. 362-367.
- Smits T.J.M. en M.S. Wirtz, 'Uitdagingen voor het Nederlandse cao-stelsel vanuit Europees perspectief gezien' in A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (reds.), *De toekomst van het cao-recht*, Vereniging voor Arbeidsrecht 39, Deventer: Kluwer, 2011, p. 175-195.
- Smits W. en A. van den Ameele, *De Wet flexibiliteit en zekerheid, een onderzoek naar de 3/4 bepalingen in de cao's van 2006*, Den Haag: Ministerie van SZW 2007.
- Spoelder S.R., 'Opzegverbod wegens overgang van onderneming: Hebbes!', *Arbeids-Recht* 2010/22.
- Sprengers L.C.J., 'CAO bij de overheid: Is er nog wel reden voor een apart overlegstelsel bij de overheid?', *SR* 2005, 65.
- Standing G., 'Responding to the crisis: Economic stabilisation grants', *Policy & Politics* 2011, vol. 39, nr.1, p. 9-25.
- Stege A., 'Dispensatie op grond van het Toetsingskader AVV', *TRA* 2011/24.
- Stege A., *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, diss. VU, Deventer: Kluwer 2004.
- Stege A., 'De vakbond en zijn plicht om de leden behoorlijk te vertegenwoordigen' *Arbeid Integraal* 2002 nr. 4, p. 143-151.
- Ter Steege D. e.a., *Vakbeweging en organisatiegraad van werknemers*, CBS: Sociaal-economische trends, 4e kwartaal 2012.

StvdA Sociaal Akkoord, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*, april 2013.

StvdA, *Analyse van de Stichting van de Arbeid ten behoeve van de heroverweging met betrekking tot beperkingen en verbodsbepalingen op de inzet van uitzendarbeid in cao's*, 29 november 2011.

StvdA, *Naar brede en duurzame inzetbaarheid op de arbeidsmarkt. Aanbevelingen over scholing en employabilitybeleid*, Den Haag 2006, Nr. 7/06.

StvdA, *Een leven lang lerend werken*, Den Haag 1998, nota nr. 3/98.

Supiot A., 'The Labyrinth of Human Rights: Credo or Common Resource?' *New Left Review* 2003 nr. 21, p.118-136.

Tanja M. en C.M.E.P. van Lent, 'De contradictio in terminis van de loonverhoudings-norm' *ArbeidsRecht* 2008/11.

Thoelen N., 'Ontslagmacht aan banden : conventionele vastheid van betrekking. Recente ontwikkelingen van bedongen werkzekerheid', *JTT* 2006 nr. 943, p. 145-154.

Tolman M.J., 'Constitutionalisering van contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen', *WPNR* 2004-6602.

Trubek, D.M. en Mosher, J.S., 'New governance, employment policy, and the European social model', Jean Monnet Working Paper 2001 nr.6/01.

Vandeputte W., *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt. Naar een modernisering van het Belgische ontslagrecht*, diss. K.U. Leuven, eigen uitgave, 2012.

Vandeputte W., 'Arbeidsrecht tussen flexibiliteit en zekerheid. Existentiële vragen over het arbeidsrecht en de vastheid van betrekking in het licht van flexizekerheid', *Sociaalrechtelijke kronieken* 2010 nr. 1, p. 1-11.

Van der Ven F.J.H.M., 'Critische inleiding tot de systematiek van het arbeidsrecht', rede uitgesproken 1938 in Tilburg, in G.M.J. Veldkamp (red.), *Van sociale politiek naar sociaal recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1966, p. 156-167.

Veneziani B., 'The Employment Relationship', in: B. Hepple en B. Veneziani (red.), *The Transformation of Labour Law in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 99-128.

Veldman A.G., 'Europese bescherming in geval van tijdelijk dienstverband: barrière voor een flexibele arbeidsmarkt?' *SMA* 2007 nr. 3, p. 92 e.v.

Veldman A.G., 'Contouren van het Europese leeftijdsdiscriminatierecht', *TRA* 2012/4.

- Verburg L.G. en W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2013.
- Verhulp E., 'De opzegtermijnen nader beschouwd', *ArbeidsRecht* 2005/1.
- Verhulp E. e.a. (red.) *De ontslagvergoeding in beweging* Den Haag: Sdu 2008.
- Verhulp E., *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Reeks VvA 28, Deventer: Kluwer 1999.
- Vielle P. en J.-M. Bonvin, 'Putting security at the heart of the European social pact – proposals to make flexicurity more balanced', *Transfer* 2008, vol. 14, nr. 3, p. 419-433.
- Visser J., 'De wankel evenwicht van het corporatisme', *B en M: tijdschrift voor beleid, politiek en maatschappij* 2007 vol. 34, nr.1, p. 6-22.
- Visser J. en M. van der Meer, 'Mobiliteit, interne arbeidsmarkten en arbeidsverhoudingen – naar een nieuwe dynamiek?', in WRR, *Arbeidsflexibiliteit en ontslagrecht*, Amsterdam 2007, p. 17-57.
- Vlemminx F.M.C., 'Onze tadeloze sociale grondrechten in het licht van twintig jaar EVRM', *NJCM-Bulletin* 2003 vol 28, nr. 3, p. 233-244.
- VN-Comité inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, *General Comment nr. 18*.
- Voermans W.J.M., *Legaliteit als middel tot een doel*, Nederlandse Juristen Vereniging - preadvies 2011.
- De Vos M., 'Perspectief op oorsprong, realiteit en duurzaamheid van flexizekerheid' in *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber amicorum Prof. Dr. Othmar Vanachter*, Instituut voor Arbeidsrecht, Antwerpen: Intersentia, 2009, p. 729-749.
- Votinius, J. J., 'Having the Right Attitude: Cooperation Skills and Labour Law', *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2012 vol. 28 nr. 2, p. 223-248.
- Van Waarden F., 'Paradoxen van publieke en private keuzen en kanalen' *B en M: tijdschrift voor beleid, politiek en maatschappij* 2007 vol. 34, nr. 1, p. 23-32.
- Wilthagen T., *Over de arbeidsmarkt gesproken. Voorstellen voor vernieuwing en verandering*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2010.
- Wilthagen T. en F. Tros, 'The concept of 'flexicurity': a new approach to regulating employment and labour markets', *Transfer* 2004, vol. 10, nr. 2, p. 166-186.

Wilthagen T., F. Tros en H. van Lieshout, 'Towards 'flexicurity'?: balancing flexibility and security in EU member states', *European Journal of Social Security* 2004, vol. 6, nr. 2, p. 113-136.

Wilthagen T., *Flexicurity: a new paradigm for labour market policy reform?*, WZB paper 98-202, 1998.

De Wolff D.J.B., 'Concurrentiebeperking voldoende beperkt?' *TRA* 2010/67.

De Wolff D.J.B., 'De zorgplicht van de werknemer voor zijn loopbaan', in: J.J.M. Theeuwes, *De werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 91-109.

De Wolff D.J.B., 'Nevenbesognes. De arbeidsrechtelijke benadering van nevenarbeid door de werknemer voorzien van enkele kritische kanttekeningen', *SR* 2005/59.

WRR, *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007.

Zekić N., 'De actuele invulling van het werkzekerheidsbeleid in Nederlandse cao's', *ESB* 2012 vol. 97, nr. 4647S, p. 56-61.

Zekić N., 'Arbeidsrechtelijk normatief kader en ongelijkheidscompensatie', in W.G.M. Plessen, J. van Drongelen en F. Hendrickx (red.), *Sociaal Recht: tussen behoud en vernieuwing*, Zutphen: Paris 2011, p. 59-72.

Zekić N., 'Ontslag in Nederland en België', *Ars Aequi* 2011, vol. 60, nr. 11, p. 897-904.

Zekić, N., 'Het studiekostenbeding: Tijd voor een wettelijke regeling', *TRA* 2010/35.

Zondag W.A., 'Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak' *ArA* 2006/3, p. 4-54.

Zondag W.A., 'Actuele rechtspraak inzake de CAO', *O&F* 2004, nr. 64, p. 10-21.

Zwemmer J.P.H., 'De voorwaardelijke ontslagvergunning', *ArbeidsRecht* 2006/50.

Zwemmer J.P.H., 'De ontslagvergoeding en de corrigerende werking van arbeidsmarktperspectieven' *ArbeidsRecht* 2007/47.

JURISPRUDENTIELIJST

EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90, RSV 1997/234 (Gaygusuz/Oostenrijk).

EHRM 20 juli 2004 (Bäck/Finland).

EHRM 13 februari 2007, nr. 75252/01 (Evaldsson/Zweden).

EHRM 8 december 2009, nr. 18176/05, RSV 2010/3 (Wieczorek/Polen).

Hvj EU 10 februari 1988, NJ 1990, 423.

Hvj EG 11 november 1997, JAR 1997/264.

Hvj EU 21 september 1999, C-67/96 (Albany).

Hvj EU 21 september 1999, C-115/97 t/m C-117/97 (Brentjens).

Hvj EU 21 september 1999, C-219/97 (Drijvende Bokken).

Hvj EU 22 november 2005, JAR 2005/289 (Mangold).

Hvj EU 4 juli 2006, JAR 2006/175 (Adeneler).

Hvj EU 15 december 2005, JAR 2006/19 (Securicor).

Hvj EU 16 oktober 2007, C-411/05, JAR 2007/288 (Palacios de la Villa).

Hvj 11 december 2007, zaak C-438/05, JAR 2008/20 (Viking).

Hvj EU 18 december 2007, nr. C-341/05, JAR 2008/21 (Laval).

Hvj 15 juli 2010, zaak C-271/08, TRA 2010/105.

Hvj EU 12 oktober 2010, C-45/09, JAR 2010/279 (Rosenbladt).

HvJ EU 8 september 2011, *JAR* 2011/278 (Hennigs).

HvJ EU 13 september 2011, C-447/09, *JAR* 2011/263 (Prigge e.a.).

HvJ EU 06 december 2012, nr. C-152/11, *TRA* 2013/30 (Odar/Baxter).

HR 7 juni 1957, *NJ* 1957, 527 (Suk/Brittannia).

HR 26 maart 1965, *NJ* 1965, 163, m.nt. G.J. Scholten.

HR 14 december 1973, *NJ* 1974, 92 m.nt. PZ.

HR 19 maart 1976, *NJ* 1976, 407, m. nt. Stein.

HR 31 maart 1977, *NJ* 1978, 325.

HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 348 (Hop/Hom).

HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 264.

HR 27 mei 1983, *NJ* 1983, 758.

HR 22 november 1985, *NJ* 1986/275.

HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (NS-arrest).

HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 936.

HR 19 juni 1987, *NJ* 1988, 70.

HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 468.

HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 335 (IBM).

HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 801.

HR 10 juli 1989, *NJ* 1989, 786 (FNV/Campina).

HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 705.

HR 19 november 1993, *NJ* 1994, 156, *JAR* 1993/274 (Campina/Van Jole).

HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 20.

HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704, *JAR* 1994/94 (Agfa/Schoolderman).

HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 403.

HR 27 februari 1998, *JAR* 1998/111.

HR 20 maart 1998, *NJ* 1998, 815, *JAR* 1998/127 (Grady/Stogon).

HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199 (Taxi Hofman).

HR 5 februari 1999, *NJ* 1999, 307.

HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 273, *JAR* 2000/43 (Boonen/Quicken).

HR 13 april 2001, *JAR* 2001/82 (Duzgun).

HR 7 juni 2002, *NJ* 2003, 75.

HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 324, *JAR* 2002/165 (Bulut/Troost).

HR 13 september 2002, *JAR* 2002/248 (Hus Haring).

HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 (TPG/Bollemeijer).

HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/38 (Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet).

HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68 (Parallel Entry).

HR 8 juni 2007, *JAR* 2007/162.

HR 28 maart 2008, *JAR* 2008/113 (Philips/Oostendorp).

HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204 (Stoof/Mammoet).

HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305 (Van de Grijp/Stam).

HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72 (Rutten/Breed).

HR 21 mei 2010, *JAR* 2010/164, *RAR* 2010/100.

HR 3 september 2010, *JAR* 2010/250.

HR 11 maart 2011, *JAR* 2011/91.

HR 19 maart 2011, *JAR* 2011/108 m.nt. Zondag.

HR 8 april 2011, *NJ* 2011/371 m.nt. E. Verhulp, *JAR* 2011/135 (Unieke Kinderopvang).

Hof Arnhem 14 maart 1995, *JAR* 1995/96.

Hof Amsterdam 4 december 2003, *JAR* 2004/12.

Hof Den Bosch 17 juli 2007, *JAR* 2007/211.

Hof Arnhem 27 april 2010, *JAR* 2010/143.

Hof Amsterdam 28 juni 2011, *RAR* 2011/146.

Hof Den Bosch 29 juni 2011, *JAR* 2011/207.

Hof Arnhem 25 oktober 2011, *JAR* 2011/312.

Hof Leeuwarden 13 december 2011, LJN: BU8212, *AR* 2011/1037.

Hof Leeuwarden 8 mei 2012, LJN: BW5230.

Hof Amsterdam 12 juni 2012, *RAR* 2012/123.

Hof 's-Hertogenbosch 31 juli 2012, LJN: BX3508.

Hof Leeuwarden 25 september 2012, *RAR* 2012/160.

Hof Arnhem 2 oktober 2012, *JAR* 2012/288.

Hof 's-Hertogenbosch 6 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY2751.

Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2013, LJN: BY9452.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 5 maart 2013, *RAR* 2013/76.

Hof Den Bosch 14 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2540.

Hof Den Bosch 28 mei 2013, *JAR* 2013/159 (Mooy Oost Europa/FNV), m.nt. Franssen.

Rb. Arnhem 19 april 1973, *NJ* 1974/155.

Rb. 's-Gravenhage 19 december 1980, *NJCH* 1981.

Rb. 's-Gravenhage 21 januari 1982, *NJ* 1984/487.

Rb. Amsterdam 8 februari 1984, *NJ* 1985/19 (Delta Lloyd/Sonke).

Rb. Amsterdam 21 mei 1995, *JAR* 1995/162.

- Rb. Amsterdam 26 augustus 1998, *JAR* 1998/195.
- Rb. Amsterdam 7 november 2001, *JAR* 2001/251.
- Rb. Amsterdam 27 juli 2005, *RAR* 2005/104.
- Rb. 's-Gravenhage 28 oktober 2005, *RAR* 2006/46.
- Rb. 's-Hertogenbosch 27 april 2006, *Prg.* 2006/98.
- Rb. Utrecht 30 maart 2009, *JAR* 2009/124.
- Rb. Amsterdam 23 april 2010, *JAR* 2010/118.
- Rb. Haarlem 11 mei 2012, *JAR* 2012/166 (FNV Bondgenoten/Albert Heijn BV).
- Rb. Den Haag 11 januari 2013, *TRA* 2013/38 m.nt. Frikkee.
- Ktr. Amsterdam 24 september 1984, *ROR* 1971-1984, nr. 119.
- Ktr. Utrecht 5 februari 1991, *Prg.* 1991, 3417.
- Ktr. Venlo 24 november 1999, *JAR* 2000/36.
- Ktr. Haarlem 5 april 2000, *JAR* 2000/126.
- Ktg. Terneuzen 22 augustus 2001, *JAR* 2001/193.
- Ktr. Amsterdam 15 april 2004, *JAR* 2004/135.
- Ktr. Amsterdam 14 juni 2004, *JAR* 2004/262.
- Ktr. Hilversum 1 februari 2006, *JAR* 2006/57.
- Ktr. Rotterdam 3 augustus 2006, LJN AY5983, zaaknr. 698514.
- Ktr. Maastricht 11 april 2007, 233643 CV EXPL 2717/06.
- Ktr. Breda 20 juni 2007, *JAR* 2007/254.
- Ktr. Groningen 20 juni 2007, *JAR* 2007/187.
- Ktr. Assen 3 juli 2007, *JAR* 2007/183.
- Ktr. Utrecht 12 december 2007, *JAR* 2008/30.

Ktr. Utrecht 13 februari 2008, *JAR* 2008/84.

Ktr. Amsterdam 24 april 2008, *JAR* 2008/191.

Ktr. Amersfoort 8 augustus 2008, 578814 AE VERZ 08-314 PK.

Ktr. Amsterdam 25 augustus 2008, *JAR* 2008/26.

Ktr. Enschede 27 januari 2009, *JAR* 2009/64.

Ktr. Utrecht 24 februari 2010, *JAR* 2010/81.

Ktr. 's-Hertogenbosch 06 mei 2010, *LJN* BM3939, *RAR* 2010/110.

Ktr. Rotterdam 1 juni 2010, *JAR* 2010/242.

Ktr. 's-Hertogenbosch 1 juli 2010, *JAR* 2010/223.

Ktr. Utrecht 11 oktober 2010, *JAR* 2010/286.

Ktr. Amsterdam 15 december 2010, *JAR* 2011/76. M.nt. Van der Voet.

Ktr. Eindhoven 24 november 2011, *LJN*: BU6143, *AR* 2011-0988.

Ktr. Groningen, 8 december 2011, *JAR* 2012/24.

Ktr. Utrecht 3 januari 2012, *JAR* 2012/47 m.nt. Koot-van der Putte.

Ktr. Arnhem 13 januari 2012, *LJN*: BV2098.

Ktr. 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, *LJN*: BW5397.

Ktr. Amsterdam 8 mei 2012, *JAR* 2012/158 m.nt. Haanappel-van der Burg.

Ktr. Groningen 24 januari 2013, *JAR* 2013/81.

Ktr. Assen 19 februari 2013, *JAR* 2013/94.

Ktr. Zutphen 27 maart 2013, *RAR* 2013/117.

Ktr. Tilburg 15 mei 2013, *JAR* 2013/259.

Monografieën Sociaal Recht

Onder redactie van:

Prof. mr. F.J.L. Pennings

Mr. L.C.J. Sprengers

Prof. mr. L.G. Verburg

Prof. mr. E. Verhulp

In de serie Monografieën Sociaal Recht zijn reeds verschenen:

1. Onderscheid naar leeftijd in het arbeidsrecht, mr. A.M. Gerritsen, 1994.
2. Inleiding Europees arbeidsrecht, mr. G.J.J. Heerma van Voss, prof. mr. A.C.J.M. Geers, 1995 (2e dr. 2013 met mr. dr. S.S.M. Peters en prof. dr. R.M. Beltzer).
3. De Algemene bijstandswet, mr. J.M.L. Schell, 1995.
4. Werknemersconcurrentie, mr. F.B.J. Grapperhaus, 1995.
5. Collectief onderhandelen in de zorgsector, mr. W.G.M. Plessen, 1996.
6. Flexibilisering van het sociaal recht, mr. F.J.L. Pennings (red), prof. mr. W.J.P.M. Fase, mr. G.J.J. Heerma van Voss, mr. F. van Klaveren, dr. M.M.H. Kraamwinkel, mr. drs. B.B.B. Lanting, drs. G. van Loenen, mr. A.D.M. van Rijs, 1996.
7. Functies onder spanning, mr. C.J.H. Jansen, mr. C.J. Loonstra, 1997.
8. Afvloeiingsregelingen in het arbeidsrecht, mr. F.B.J. Grapperhaus, prof. mr. C.J. Loonstra, mr. C.G. Scholtens (red), mr. D.J. Buijs, mr. L. Jansen, 1999 (2e dr. 1999, 3^e dr. 2004).
9. Grondslagen van het Europese sociale zekerheidsrecht, mr. F.J.L. Pennings, 1997 (2e dr. 1999, 3e dr. 2000, 4e dr. 2002, 5e dr. 2005; 6e druk 2010 onder gewijzigde titel: Europees socialezekerheidsrecht).
10. Pensioenen, fondsen en verzekeraars, mr. P.M. Tulfer, 1997.
11. De Werkloosheidswet, prof. mr. F.J.L. Pennings, 1998 (2e dr. 2003, 3e dr. 2009 met mr. A.C. Damsteegt).
12. De Wet op de ondernemingsraden bij de overheid, mr. L.C.J. Sprengers, 1998.
13. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, mr. D.J.B. de Wolff, 1999.
14. Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht, mr. M.A.C. de Wit, 1999.
15. De uitzendovereenkomst, mr. F.B.J. Grapperhaus, mr. M. Jansen, 1999.
16. De zieke werknemer, prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, mr. L. van den Berg, mr. W.H.A.C. M. Bouwens, mr. M.J.J. Dankbaar, mr. R.L. van Heusden, mr. C.C.A.M. Jacobs-de Klerk, mr. W.L. Roozendaal, 1997 (2e dr. 1999, 3e dr. 2003, 4e dr. 2007 met prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, prof. mr. W.A.H.C.M. Bouwens, mr. W.L. Roozendaal, mr. C.C. A.M. Jacobs-de Klerk, mr. S.S.M. Peters, mr. A.H. Pool, mr. L. van den Berg).
17. Arbeid en loon, mr. J.M. van Slooten, 1999.
18. Het sociaal plan, mr. drs. J. van der Hulst, 1999.
19. Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming, mr. P.W. van Straalen, 1999.
20. Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten, mr. drs. A.C. Hendriks, 1999.
21. De WAO, mr. F.J.L. Pennings, 2000 (2e dr. 2002).
22. Internationale intra-concernmobiliteit, mr. C.M.E.P. van Lent, 2000.

23. Overgang van onderneming, mr. drs. R.M. Beltzer, 2000 (2e druk 2007 onder titel Overgang van onderneming in de private en publieke sector).
24. Verzekeringen van solidariteit, mr. P.S. Fluit, 2001.
25. Flexibele arbeidsrelaties, prof. mr. E. Verhulp (red), mr. R.M. Beltzer, prof. dr. K. Boonstra, mr. D. Christe, prof. mr. J. Riphagen, 2002.
26. Gelijke behandeling bij de arbeid, prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, mr. ing. W.C. Monster, 2002 (2e dr. 2005, onder titel Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid).
27. De ontslagpraktijk van de CWI, mr. dr. J. van Drongelen, mr. A.D.M. van Rijs, 2003 (2e druk 2008, 3e druk 2012 onder titel De ontslagpraktijk van het UWV).
28. Collectief arbeidsrecht, prof. dr. A.T.J.M. Jacobs, 2003 (2e dr. 2005, 3^e druk 2013).
29. Arbeidsongeschiktheid, mr. B. Barentsen, 2003.
30. Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, mr. drs. S.F.H. Jellinghaus, 2003.
31. Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie, prof. dr. R.M. Beltzer, mr. D.J. Buijs, mr. B. Degelink, mr. drs. J. Heinsius, mr. E.M. Hoogeveen, mr. M. Holtzer, mr. J. van der Pijl, mr. L.C.J. Sprengers, prof. mr. L.G. Verburg, prof. mr. W.A. Zondag, 2003 (2e druk 2008, 3^e druk 2013).
32. Disfunctioneren en wangedrag van werknemers, prof. mr. E. Verhulp, mr. W.A. Zondag (red), mr. D.J. Buijs, mr. D.J. Rutgers, mr. W.H.A.C.M. Bouwens, mr. H.H. de Vries, mr. M.M. Koevoets, prof. mr. C.J. Loonstra, 2003.
33. Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht, mr. C. Bosse, 2003.
34. De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners, mr. A. Stege, 2003.
35. Nederlands sociale zekerheidsrecht in een internationale context, prof. mr. F.J.L. Pennings, 2004 (2e dr. 2006).
36. Aanstellingskeuringen, mr. C.W.G. Rayer, prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, 2004.
37. Beëindigingsovereenkomsten en het recht op WW-uitkering, mr. R.L. van Heusden, 2005.
38. Verdund sociaal recht; Onderscheid naar ondernemingsomvang in de sociaal-rechtelijk regelgeving, mr. S.S.M. Peters, 2006.
39. Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht, mr. M.S. Wirtz, 2006.
40. Het territorium van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven, mr. L.G. Verburg, 2007.
41. De zelfstandige in het sociaal recht, dr. M.C.M. Aerts, 2007.
42. Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid, mr. E. Koot-van der Putte, 2007.
43. Nederlands arbeidsrecht in een internationale context, prof. mr. F.J.L. Pennings, 2007.
44. Goedwerknemerschap, mr. D.J.B. de Wolff, 2007.
45. Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief, mr. A.F. Bungener, 2008.
46. Scholing in het sociaal recht, prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss (red.), mr. B. Barentsen, mr. drs. F.H.J.G. Brekelmans, prof. mr. C.L.J. Caminada, mr. A.C. Damsteegt, mr. drs. A. Eleveld, mr. drs. M.H.Y.G. Erkens, mr. M. van Es, prof. dr. K.P. Goudswaard, mr. B.P. ter Haar, mr. drs. J. Heinsius, mr. A. Keizer, mr. M.B. Kerkhof, mr. S.F. Sagel, prof. mr. L.C.J. Sprengers, 2008.
47. De grondslagen van de ontslagvergoeding, mr. A. Baris, 2009.

48. De privacybescherming van de zieke werknemer, mr. I. van der Helm, 2009.
49. Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?, mr. N. Gundt, 2009.
50. Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht. Naar een eenvormig stelsel?, mr. H.J.W. Alt, 2009.
51. Inleiding Pensioenrecht, mr. dr. E.M.F. Schols-van Oppen, 2010.
52. Wet arbeid vreemdelingen, mr. E.J.A. Franssen, (1e druk 2010), 2e druk 2013.
53. De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd, mr. R.F. Kötter, 2010.
54. Werk en privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht, mr. W.L. Roozendaal, 2011.
55. Pluraliteit van werkgeverschap, mr. J.P.H. Zwemmer, 2012.
56. Inkomensbescherming bij levensloopactiviteiten, mr. S.E. Heeger, 2012.
57. Rechtspleging in arbeidszaken, mr. drs. M.Y.H.G. Erkens, 2013.
58. Het ontslag op staande voet, mr. S.F. Sagel, 2013.
59. Toegang tot het recht bij ziekte en arbeidsongeschiktheid. mr. drs. A.M.P. Rijpkema, 2013.
60. Privatisering en activering in de Nederlandse sociale zekerheid en solidariteit – een internationaal perspectief, mr. B. Hofman en prof. mr. F.J.L. Pennings, 2013.
61. Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid, mr. C.W.G. Rayer, 2014.
62. De WW en nieuwe sociale risico's, mr. drs. K.H. Hermans, 2014
63. De reikwijdte voor medezeggenschap, mr. I. Zaal, 2014.
64. De zelfstandige zonder personeel, prof. mr. G.C. Boot, mr. A.C. Damsteegt (red.), mr. E. Cremers-Hartman, mr. A.G. van Marwijk Kooy, 2014.
65. Werkzekerheid in het arbeidsrecht, mr. N. Zekić, 2014.

